



**UNIVERSIDAD DE SALAMANCA
FACULTAD DE DERECHO
MÁSTER EN CORRUPCIÓN Y ESTADO DE DERECHO**

EDUARDO ALONSO OLMOS

**RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN CASOS DE CORRUPCIÓN: COOPERACIÓN
CIVIL INTERNACIONAL**

**SALAMANCA, ESPAÑA
JUNIO / 2013**

EDUARDO ALONSO OLMOS

**RECUPERACIÓN DE ACTIVOS EN CASOS DE CORRUPCIÓN: COOPERACIÓN
CIVIL INTERNACIONAL**

Tesis presentada a la Universidad de Salamanca como
requisito para conclusión del curso de Máster en Corrupción
y Estado de Derecho.

Tutor: Fernando Andrade Fernandes

Dirección: Eduardo A. F. Caparrós / Nicolás Rodríguez García

SALAMANCA, ESPAÑA
JUNIO / 2013

FICHA CATALOGRÁFICA

RESUMEN

La cooperación internacional en materia civil es el futuro inevitable en el tema de recuperación de activos de la corrupción, actualmente poco explorado por los países, los cuales, en general, exigen resoluciones penales firmes para la repatriación de los bienes ilícitos. La globalización y los crímenes transfronterizos reclaman los decomisos sin condena penal, basados, en último análisis, en responsabilidades civiles y enriquecimientos sin causa, con la principal ventaja de flexibilizar la distribución de la carga de la prueba, sin violación a los principios de la presunción de inocencia y de la no autoincriminación, puesto que, en regla, no es una sanción penal. Para alcanzar esta finalidad, debe existir cooperación de los órganos estatales del Estado receptor de los bienes, sea para reconocer resoluciones firmes extranjeras en materia civil, sea para entablar acciones civiles o penales, principalmente por blanqueo de capitales, a fin de recuperar activos a favor del Estado víctima de la corrupción. El proceso no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para concretizar el derecho material. Por eso, no importa si el decomiso es *in rem* o *in personam*, tampoco si la jurisdicción es civil o penal, posibilitándose la cooperación internacional con base en el respeto a los derechos fundamentales, sobre todo el debido proceso legal.

PALABRAS CLAVE: Recuperación de activos de la corrupción, cooperación civil internacional, decomiso sin condena, responsabilidad civil, enriquecimiento sin causa, cooperación directa.

ABSTRACT

International cooperation in civil matters is the unavoidable future in the field of corruption assets recovery, currently not much explored by countries, which generally require final criminal judgments for the repatriation of illicit assets. Globalization and cross-border crimes claim seizures without criminal conviction, based, ultimately, on the analysis of civil liability and unjust enrichment, with the main advantage of flexibility in the distribution of the burden of proof, without violation of the principles of the presumption of innocence and self-incrimination, since, by rule, it is not a criminal penalty. To achieve this goal, there must be cooperation between the State bodies of goods receiver country, whether to recognize foreign final decisions in civil matters, or to civil or criminal prosecution, mainly for money laundering, to recover assets in favor of the corruption victim State. The process has not an end in itself, but it is an instrument to concretize the right materials, it does not matter if the seizure is *in rem* or *in personam*, or whether civil or criminal jurisdiction, providing international cooperation based on respect for fundamental rights, especially the due process of law.

KEYWORDS: Corruption assets recovery, international civil cooperation, civil forfeiture, liability, unjust enrichment, direct cooperation.

TABLA DE CONTENIDOS

1 INTRODUCCIÓN.....	8
2 PREMISAS BÁSICAS PARA LA RECUPERACIÓN INTERNACIONAL DE ACTIVOS POR VÍAS CIVILES.....	12
2.1 NECESIDAD DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS.....	12
2.2 SOLIDARIDAD Y ECONOMÍA MUNDIAL INTERCONECTADA.....	17
2.3 ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA PARA LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL.....	20
2.3.1 DOBLE INCRIMINACIÓN.....	23
2.3.2 <i>NE BIS IN IDEM</i> TRANSNACIONAL.....	25
2.3.3 ORDEN PÚBLICO.....	28
2.3.4 CONCLUSIÓN SOBRE LAS ARMONIZACIONES LEGISLATIVAS.....	31
3 MEDIOS DE RECUPERACIÓN INTERNACIONAL DE ACTIVOS DE LA CORRUPCIÓN.....	32
3.1 COMISIONES ROGATORIAS Y RECONOCIMIENTO DE DECISIONES.....	32
3.2 FORMAS DE RECUPERACIÓN Y DESTINOS DE LOS BIENES EN LA CONVENCIÓN DE MÉRIDA DE 2003.....	35
3.3 COOPERACIÓN DIRECTA.....	38
3.4 MEDIDAS INICIALES Y AUTORIDADES ESPECIALIZADAS PARA LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS.....	42
3.5 OPERACIONES DE PESCA <i>VERSUS</i> AMPLIA COOPERACIÓN.....	45
3.6 PRODUCCIÓN DE PRUEBAS Y EMBARGOS <i>INAUDITA ALTERA PARTE</i>.....	46
3.7 PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD.....	48
3.8 COOPERACIÓN ESPONTÁNEA E INFORMAL.....	49
3.9 ECONOMÍA PROCESAL: AUXILIO DIRECTO FUNDAMENTADO EN DECISIÓN EXTRANJERA.....	54
3.10 LEY APLICABLE PARA LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL.....	60
3.11 FOROS CONCURRENTES PARA LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS.....	63
3.12 <i>FORUM SHOPPING VERSUS FORUM NON CONVENIENS</i>.....	65
3.13 RECUPERACIÓN POR MEDIO DEL PROCESO DE BLANQUEO DE CAPITALES.....	67
3.14 EMBARGO O DECOMISO DE BIENES EXTRATERRITORIALES.....	72
3.15 PRODUCCIÓN DE PRUEBAS DIRECTAMENTE EN EL EXTERIOR.....	77
3.15.1 REGLAMENTO Nº 1206/2001 DEL CONSEJO DE LA UE.....	78
3.15.2 VIDEOCONFERENCIA Y TELECONFERENCIA.....	81
3.15.3 EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN.....	82
3.15.4 TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN.....	84
3.15.5 MEDIDAS UNILATERALES POR ESTADOS UNIDOS.....	86

4 DECOMISO.....	89
4.1 DEFINICIÓN SUPRANACIONAL.....	89
4.2 MODALIDADES DE DECOMISO.....	91
4.3 DECOMISO DEL PRODUCTO DEL DELITO Y DE SUS INSTRUMENTOS.....	92
4.4 DECOMISO DEL VALOR.....	94
4.5 DECOMISO DE TERCEROS.....	96
4.6 DECOMISO AMPLIADO.....	100
4.7 DECOMISO SIN CONDENA PENAL.....	105
4.7.1 NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.....	107
4.7.2 SUPUESTOS DEL DECOMISO SIN CONDENA.....	110
4.7.3 INDEPENDENCIA DEL DECOMISO SIN CONDENA Y PRUEBAS TRASLADADAS.....	113
4.7.4 DISTRIBUCIÓN DINÁMICA DE LA CARGA DE LA PRUEBA.....	116
4.7.5 RECONOCIMIENTO DE DECISIONES EXTRANJERAS SIN CONDENA (<i>IN REM</i> O <i>IN PERSONAM</i>).....	121
4.7.6 LA NECESARIA RELACIÓN DEL DECOMISO SIN CONDENA CON UN ACTO DE CORRUPCIÓN.....	126
5 RESPONSABILIDAD CIVIL Y ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DERIVADOS DEL DELITO.....	131
5.1 RESPONSABILIDAD CIVIL <i>EX DELICTO</i>. LAS VÍCTIMAS Y EL DIFERENCIAL DEL DAÑO.....	131
5.2 ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DERIVADO DE LA CORRUPCIÓN BAJO LA ÓPTICA DEL DERECHO CIVIL.....	135
5.3 <i>UNJUST ENRICHMENT (CONSTRUCTIVE TRUST)</i>.....	139
5.4 ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, DERIVADO DE LA CORRUPCIÓN, DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y PARTICULARES EN BRASIL Y ESPAÑA.....	142
5.5 ACCIÓN BRASILEÑA DE IMPROBIDAD POR INCREMENTO PATRIMONIAL INJUSTIFICADO.....	147
5.6 ACCIÓN CIVIL <i>EX DELICTO</i> EN BRASIL Y ESPAÑA.....	151
5.6.1 ESPAÑA.....	151
5.6.2 BRASIL.....	154
6 COOPERACIÓN INTERNACIONAL ENTRE LAS ABOGACÍAS DEL ESTADO DE BRASIL Y ESPAÑA.....	158
6.1 PROCEDIMIENTOS ENTRE BRASIL Y ESPAÑA.....	158
6.2 ASISTENCIA DIRECTA Y RECONOCIMIENTO DE DECISIONES SIN CONDENA POR LAS ABOGACÍAS DEL ESTADO.....	163
6.3 PARTICULARIDADES DEL MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO.....	173
7 CONCLUSIONES.....	178
BIBLIOGRAFÍA.....	182

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AGU	Advocacia-Geral da União
CAAS	Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CPP	Código Procesal Penal
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
DM	Decisión Marco
DRCI	Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional
GAFI	Grupo de Acción Financiera Internacional
LECRim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
STAR	Stolen Asset Recovery Initiative
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJ	Superior Tribunal de Justicia
STF	Supremo Tribunal Federal
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UIF	Unidades de Inteligencia Financiera
UNODC	Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

1 INTRODUCCIÓN

Se pretende en este trabajo demostrar que las acciones civiles para la recuperación de activos de la corrupción, presente en casi todos los países del mundo, sino es en todos (en razón de la acción civil de resarcimiento o de restitución), deben ser aptas a la cooperación jurídica internacional, para que no haya un enriquecimiento sin causa de los corruptos, tampoco el fortalecimiento de las organizaciones criminales, evitándose daños a la economía nacional y mundial.¹

El problema reside en la cuestión de que los países suelen exigir resolución penal firme para que los órganos estatales puedan cooperar a fin de repatriar los bienes procedentes de la corrupción², de modo que, a veces, no resta alternativa sino contratar abogados privados, generalmente muy costosos, para recuperar los activos. Sin embargo, los arts. 43 y 54.1.c de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (en adelante, Convención de Mérida de 2003) recomiendan a los Estados la cooperación jurídica internacional en acciones civiles para la recuperación de activos de la corrupción, principalmente en casos de muerte, fuga, ausencia del reo u otros casos apropiados.

Como premisa básica, cuando en este trabajo se menciona corrupción, para fines de cooperación civil internacional, se refiere a los delitos previstos en la Convención de Mérida de 2003, en sus arts. 15 a 25, que pueden ser resumidos de la siguiente forma: 1) Soborno de funcionarios públicos o del sector privado; 2) Malversación o peculado por un funcionario público o del sector privado; 3) Tráfico de influencias; 4) Abuso de funciones; 5) Enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos; 6) Blanqueo del producto de los delitos

¹ “En tales casos, el litigio civil en el extranjero es el camino más eficiente –cuando no el único– para recuperar el producto de hechos de corrupción.” JORGE, Guillermo *et al*, *Recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires, 2008, p. XXIV.

² “(...) en ocasiones los Estados no han podido prestar asistencia judicial en causas civiles, pese a que este enfoque presenta algunas ventajas, en particular en el caso de que el enjuiciamiento penal no sea posible por la muerte o la ausencia de los presuntos delincuentes.” UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Segunda edición revisada, Naciones Unidas, Nueva York, 2012, p. 218.

tipificados con arreglo a la Convención³; 7) Encubrimiento de los delitos tipificados con arreglo a la Convención; 8) Obstrucción de la justicia en cuanto a los delitos tipificados con arreglo a la Convención.

Serán analizados los tratados globales, especialmente la Convención de Mérida de 2003, y normas regionales, sobre todo en Europa, referentes a la recuperación de activos, así como las normas brasileña y española sobre el tema, de forma comparativa. La recuperación de activos por medio de acciones civiles es tratada en las normas civiles; por eso, se hace referencia a algunos tratados en esta materia, pero también son comentadas las normas penales sobre embargos preventivos y decomisos, que en verdad también se tratan, en el fondo, de cuestiones civiles.

Para mejor comprensión de la cuestión, cabe destacar preliminarmente que Brasil y España están en contextos político-jurídicos muy distintos. España es miembro de la Unión Europea, la cual, debido a la libre circulación de personas, bienes, servicios, y capitales, busca aproximar las legislaciones nacionales en el asunto de la recuperación de activos, específicamente por medio de decisiones marco⁴, que son vinculantes para los Estados en cuanto al resultado, pero no tienen efecto directo, necesitando transponerlas para la normativa nacional⁵. Como resultado de tales transposiciones, los miembros de la UE tienen normas avanzadas sobre el embargo y el decomiso, en especial el reconocimiento mutuo (en regla automático) de las decisiones entre sus miembros, con vistas a fortalecer un espacio de libertad, seguridad y justicia.

Por otra parte, Brasil es miembro del Mercosur, formado por cinco países de América del Sur, teniendo como meta crear un mercado común, pero que actualmente está en la fase de la unión aduanera, todavía imperfecta o incompleta. Algunos países del Mercosur suscribieron unos Convenios para facilitar la cooperación internacional, no obstante las normas nacionales

³ El art. 23.2.a de la Convención de Mérida de 2003 recomienda “la gama más amplia posible de delitos determinantes”. Sin embargo, se incluye en este trabajo, cuando se menciona corrupción, solo los previstos en tal Convención, no todos los delitos determinantes, que pueden ser de los más variados, como estafas, tráfico de drogas, delitos fiscales, etc. En esta línea de razonamiento, la Convención de Mérida de 2003 no conceptúa el término corrupción.

⁴ DM 2001/500/JAI13; DM 2003/577/JAI17; DM 2005/212/JAI15; y DM 2006/783/JAI18.

⁵ Art. 34.2.b del Tratado de la Unión Europea.

no son tan desarrolladas y armónicas en este punto, sin reconocimientos mutuos automáticos, sobre todo por falta de normas supranacionales, como en la UE.

A pesar de las diferentes situaciones políticas y jurídicas entre Brasil y España, los dos países siguen el sistema *civil law* y son democráticos, respetándose los derechos fundamentales, especialmente los principios de la tutela efectiva y del debido proceso legal, acogidos en sus Constituciones. Aparte de eso, la recuperación del producto de la corrupción, en los dos países, no es una sanción penal, no violando sus principios constitucionales de la presunción de inocencia, de la no autoincriminación y del derecho a la propiedad. Por todo eso, se justificará que es perfectamente posible la cooperación civil internacional entre estos países, estrechando las relaciones entre ellos.

Demostradas algunas cuestiones primordiales, en el primer capítulo se desarrollan los motivos justificantes de la recuperación internacional de activos de la corrupción, mediante acciones civiles, así como aspectos generales y básicos de la cooperación internacional, como la necesaria aproximación y armonización legislativa. A continuación, son detalladas las formas de recuperación internacional de activos, intercambios informales de información, medidas cautelares, producción de pruebas directamente en el exterior, entre otros asuntos relacionados con el tema propuesto, en análisis de las posibles variantes y en justificación a la cooperación internacional.

A la par de estas informaciones, se plantea en el capítulo 4 las modalidades de decomiso, con destaque para la distribución dinámica de la carga de la prueba y el decomiso sin condena penal, que, en la mayoría de las jurisdicciones, no tienen carácter de sanción penal, justificándose el reconocimiento de resoluciones extranjeras, *in rem* o *in personam*, proferidas en la jurisdicción civil o penal, desde que estén basadas en un hecho de corrupción penalmente tipificado.

En seguida, se desarrolla que el decomiso sin condena penal también está previsto en Brasil y España, con relación a las acciones basadas en las responsabilidades civiles derivadas del delito y/o en el enriquecimiento sin causa del derecho civil, distinguidas esencialmente por la existencia o no del daño. Se comprobará que estos institutos civiles son los principales fundamentos del decomiso del producto del delito, con o sin condena penal. Entre estas acciones civiles, basadas en institutos del derecho civil, se hacen breves comentarios sobre la

peculiar acción de improbidad brasileña.

Después de analizar características básicas de la cooperación internacional y del decomiso, se propone la celebración de Memorando de Entendimiento entre las Abogacías del Estado de Brasil y de España para hacer cumplir la Convención de Mérida de 2003 en cuanto a la cooperación civil internacional. Se comenta, en este capítulo, sobre los procedimientos de Brasil y España para la cooperación internacional, así como la viabilidad de la cooperación directa y el reconocimiento de decomisos sin condena por las Abogacías del Estado.

Como cuestión central, se hace hincapié que el decomiso sin condena penal es defendido, aparte de la Convención de Mérida de 2003, por todos los actuales documentos comunitarios e internacionales⁶, así como por la doctrina especializada, para justificar que usar acciones civiles para la recuperación del producto de la corrupción es urgente y una medida inevitable, de manera que algunos Estados están muy atrasados en este tema, principalmente delante de la globalización y de los crímenes transfronterizos.

⁶ “Entre las reformas legislativas que se tratan de impulsar desde Bruselas, destaca la reiterada recomendación a fin de que se facilite el reconocimiento mutuo de las confiscaciones civiles o sin condena (*non-conviction based-NCB-forfeiture/confiscated orders*). No existe documento reciente emanado de las Instituciones de la UE que no insista en la conveniencia de recoger esta modalidad de decomiso o, al menos, reconocer las solicitudes internacionales que en ella se apoyan.” FERNANDEZ, Francisco Jiménez-Villarejo. *Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos*. Revista de Derecho Penal, p. 120. Disponible en http://www.reformapenal.es/wp-content/uploads/2012/01/Penal34_NovLegislativas.pdf. Consultado en 30/05/13.

2 PREMISAS BÁSICAS PARA LA RECUPERACIÓN INTERNACIONAL DE ACTIVOS POR VÍAS CIVILES

2.1 NECESIDAD DE LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL PARA LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

El fenómeno de la globalización, que proporciona facilidades y celeridad para circular bienes, servicios, personas e informaciones entre Estados, principalmente en la Unión Europea, exige que nuevas normas sean creadas, nacionales e internacionales, así como provoca nuevas interpretaciones de las normas existentes, especialmente a la luz del derecho internacional, generando una expansión del derecho como un todo, para adaptación a la nueva realidad mundial.

Una faceta negativa de esta globalización es el aumento de los crímenes transnacionales relacionados a la corrupción, de manera que las organizaciones criminales⁷ se sirven de la morosidad y formalidad estatal, en el campo de la cooperación internacional, para asegurar su principal objetivo: las ventajas económicas del delito⁸.

Mientras los Estados suelen utilizar canales diplomáticos, incluso con legalización de documentos, para la cooperación internacional, los grupos criminosos utilizan cada vez más la internet a fin de comunicarse y de transferir el producto del delito al exterior, para ocultarlo e integrarlo al mercado legal, de modo que dificulte o imposibilite su recuperación⁹. Las

⁷ El artículo 2º de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de diciembre de 2000, en adelante Convención de Palermo de 2000, define la organización criminal como “grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material”.

⁸ “Los grupos organizados actúan aprovechando las lagunas derivadas del contexto: se valen de las ventajas que a todos nos ofrece la mundialización y, al mismo tiempo, explotan el retraso estructural que arrastran los ordenamientos internos” CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián, *La corrupción de agente publico extranjero e internacional*, Tirant lo Blanch: Valencia, 2003, p. 19.

⁹ “Los grupos de delincuencia organizada ocultan y reinvierten cada vez más los activos en Estados miembros distintos de aquél donde se cometió el delito. Esto dificulta la lucha contra la delincuencia transfronteriza grave y organizada en el conjunto de la UE y afecta al funcionamiento del mercado interior al falsear la competencia con las empresas lícitas y socavar la confianza en el sistema financiero. Por último, la delincuencia transfronteriza grave y organizada priva a los gobiernos nacionales y al presupuesto de la UE de ingresos fiscales.” (Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea. Bruselas, de 12/03/2012, COM (2012) 85 final, págs. 2 y 3)

organizaciones criminosas acompañan mucho más rápido que el Estado los cambios generados por la globalización, principalmente en la esfera tecnológica.

Sobre los perjuicios económicos de la corrupción, según nota de prensa de la Comisión Europea¹⁰, “se calcula que la corrupción tiene un coste anual de 120.000 millones de euros para la economía de la UE. Se trata del 1% del PIB de la UE y equivale prácticamente al presupuesto anual de la Unión Europea.”

Y añade la Propuesta de Directiva de 12/03/2012 que “el importe total recuperado de estas actividades en la UE es modesto en comparación con los ingresos estimados de los grupos de delincuencia organizada. Por ejemplo, en 2009, el importe de los bienes decomisados ascendió a 185 millones EUR en Francia, a 154 millones GBP en el Reino Unido, a 50 millones EUR en los Países Bajos y a 281 millones EUR en Alemania.”

De forma igualmente drástica, en Brasil, según estadísticas de la “Federação das Indústrias do Estado de São Paulo” - FIESP, se concluyó que el coste medio de la corrupción en Brasil llega a un valor aproximado entre 1,38% y 2,3% del PIB brasileño en el año –un monto estimado de US\$ 25 mil millones a US\$ 42 mil millones, de acuerdo con datos de 2010.¹¹

A pesar del alto coste de la corrupción en Brasil, en los últimos 10 años, fueron efectivamente recuperados solamente US\$ 2 millones al país por las vías normales de la cooperación internacional (reconocimiento de decisiones), no obstante fueron embargados alrededor de US\$ 3 mil millones en el exterior, lo que significa un porcentaje muy bajo de recuperación, correspondiente a 0,06% de los valores embargados¹².

Eso se debe a que muchos países, para la devolución de los bienes embargados, exigen una condenación penal transitada en juzgado, pues la Convención de Mérida de 2003 sólo exige la obligación de cooperar en acciones penales (art. 54.1.a de la Convención de Mérida de 2003¹³), pero en acciones civiles, sin que haya una condenación penal, sería una facultad la

¹⁰ COMISIÓN EUROPEA. *La Comisión lucha contra la corrupción: Un compromiso más firme para obtener mejores resultados*. Bruselas, 6 de junio de 2011.

¹¹ FIESP. *Índice de Percepção da Corrupção – 2010*. DECOMTEC. Área de competitividade, ago. 2011.

¹² Informaciones de Ricardo Saadi, Director del “Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional” – DRCI (órgano del Ministerio de Justicia y una de las autoridades centrales brasileñas). Disponible en <http://economia.estadao.com.br/noticias/economia,brasil-recupera-so-006-de-recursos-bloqueados-por-evasao-,125209,0.htm>. Consultado en 27/11/12

¹³ Art. 54.1. a. “Cada Estado Parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca (...): a) Adoptará las

cooperación (arts. 43 y 54.1.c, de la Convención de Mérida de 2003¹⁴). Igualmente, con fundamento en los artículos 18.4.e. y 27.3.II. del Convenio de Estrasburgo de 1990, se deduce la posibilidad de que el Estado requerido exija la cosa juzgada penal para la repatriación de los bienes.

Lo que ocurre es que el proceso penal brasileño es muy lento, principalmente en razón de los diversos recursos previstos y de las cuatro instancias recursales¹⁵, así como la acumulación de procesos y del número insuficiente de jueces¹⁶, motivos por los cuales se dificulta sobremanera la repatriación de los bienes.

Y esta demora del proceso penal proporciona el desembargo de los bienes, para que no haya un bloqueo muy prolongado e indefinido, causando inseguridad jurídica y eventuales indemnizaciones contra el Estado. En este sentido, en un trecho de la decisión del Tribunal Penal Federal Suizo (RR.2007.131), se argumentó que, de acuerdo con el principio de la proporcionalidad, el embargo de bienes no puede ser prolongado indefinidamente, para que no haya infracción a la garantía de la propiedad¹⁷. Asimismo, el art. 6.2 de la DM 2003/577/JAI prevé que el Estado requerido puede imponer un límite de duración del

medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes puedan dar efecto a toda orden de decomiso dictada por un tribunal de otro Estado Parte;"

¹⁴ Art. 54.1.c. "Cada Estado Parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca (...): c) Considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados."

¹⁵ El Ministro del "Supremo Tribunal Federal" (órgano de la cúpula judicial brasileña), Cesar Peluso, afirmó que Brasil es el único país del mundo que tiene cuatro instancias recursales. Su propuesta es que los recursos terminen en la segunda instancia, de modo que las otras instancias servirían apenas para rescindir la decisión ya transitada en juzgado (disponible en <http://www.estadao.com.br/noticias/impresso,somos-o-unico-pais-que-tem-quatro-instancias-recursais,658966,0.htm>, consultado en 15.11.2012). Esta idea se materializó en la Propuesta de Enmienda a la Constitución nº 15/2011, que aguarda una audiencia pública desde 29/02/2012 (disponible en http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99758. Consultada en 18/11/12).

¹⁶ Según estadísticas del "Conselho Nacional de Justiça" (órgano de control del Poder Judiciario), en el año de 2011 tramitaban 90 millones de procesos judiciales en la justicia brasileña. Para dar cuenta de estos procesos, hay 17 mil jueces y 317 mil servidores, con una media de 8,8 jueces para cada grupo de 100 mil habitantes, lo que estaría abajo de la proporción europea, pero en conformidad con la realidad de América. Disponible en http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=107554. Consultado en 18/11/12.

¹⁷ Texto original: "La durée d'un séquestre ordonné en vue de remise ou de confiscation doit cependant respecter le principe de la proportionnalité; il ne saurait, partant, se prolonger de manière indéfinie (ROBERT ZIMMERMANN. La coopération judiciaire internationale en matière pénale, 2e éd., Berne 2004, n.189). L'écoulement du temps crée par ailleurs le risque d'une atteinte excessive à la garantie de la propriété (art. 26 al. 1 Cst.) ou à l'obligation de célérité ancrée à l'art. 29 al. 1 Cst. (ATF 126 II 462 consid. 5e, p. 470/471). Pour de tels motifs, passé un certain délai, la mesure de contrainte peut devoir être levée ou l'entraide refusée (TPF RR.2007.77 du 29 octobre 2007, consid. 8).

embargo preventivo, y el Informe de la Comisión Europea COM (2008) 885 aseveró que “la mayoría de los Estados miembros también prevén la posibilidad de limitar la duración del embargo”.

En complemento a la morosidad procesal, se destaca la extinción del proceso penal por muerte del acusado, por prescripción, casos de suspensión del proceso por fuga o enfermedad, y situaciones de absolución por falta de pruebas para una condenación penal, causando, *a priori*, el desembargo ya efectuado o la imposibilidad del decomiso.

Estas hipótesis afectan la responsabilidad penal, pero no la responsabilidad civil, por lo menos en Brasil y en España, posibilitando la cooperación internacional para el decomiso sin condena penal en casos de corrupción, para evitar la impunidad y el enriquecimiento sin causa, y conforme facultan los artículos 43, y 54.1.c, de la Convención de Mérida de 2003 (ver ítem 4.7).

Así, se utiliza el medio más eficaz para combatir estos tipos de crímenes: la descapitalización de organizaciones criminosas por medio de acciones civiles, sin adentrar en temas delicados como la libertad, relacionados a la responsabilidad penal.

Respecto a esto, hay casos en que Brasil no utiliza las vías tradicionales de la cooperación internacional para la recuperación de activos (reconocimiento de decisiones), sino la contratación de abogados privados extranjeros, con capacidad postulatoria, para actuación directa de Brasil en Tribunales extranjeros, por medio de acciones civiles enjuiciadas conforme a las leyes internas (materiales y procesales) del país extranjero, buscando probar que los bienes pretendidos son producto del delito, y así recuperarlos¹⁸.

Aunque la contratación de abogados particulares sea muy costoso para el Estado¹⁹ (por

¹⁸ La Convención de Mérida de 2003 llama esta actuación de *recuperación directa*, conforme su artículo 53.a, obligando a los Estados Parte a adoptar las medidas necesarias para que otro Estado entable una acción civil a fin de recuperar el producto de la corrupción (ver ítem 6.2).

¹⁹ En un caso solo, el ayuntamiento de São Paulo ya gastó con honorarios de abogados extranjeros aproximadamente US\$ 5 millones, para la recuperación de más o menos US\$ 20 millones embargados en las Islas Caimán, por medio de la actuación directa del Estado en el exterior. Sigue adelante la respectiva noticia en portugués: “A Prefeitura de SP já gastou quase R\$ 10 milhões, em oito anos, pagando advogados no exterior para tentar recuperar recursos que teriam sido desviados pelo ex-prefeito Paulo Maluf (PP-SP) para o paraíso fiscal das ilhas Cayman. Ou, mais exatamente, R\$ 9.729.000. Deste total, a maior parte, R\$ 9.149.000, foi destinada a honorários; R\$ 580 mil pagaram viagens e outras despesas. Os advogados foram contratados em 2005. Até agora, R\$ 44,4 milhões foram congelados e esperam decisão da Justiça para serem repatriados. Maluf nega as acusações e diz que não tem dinheiro no exterior.” (BERGAMO, Monica). Disponible en <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/1150860-dilma-estreia-hoje-na-campanha-de-haddad.shtml>. Consultado en 10/11/2012.

eso se hará al final de este trabajo la propuesta de Memorandos de Entendimiento de cooperación entre organismos públicos), estas acciones civiles se han mostrado más efectivas en los casos más relevantes²⁰, justamente porque posibilita el decomiso independiente de una condenación penal definitiva, exigencia de muchos países en el tema de cooperación internacional, conforme mencionado anteriormente. Como resultado de la contratación de abogados privados, Brasil ya ha repatriado más de US\$ 8 millones, pero seguramente los honorarios pagos también fueron muy altos.

Una organización criminal dirigida a la corrupción solo se mantiene con recursos financieros para sobornar funcionarios públicos y contratar empleados, llevando en cuenta que su principal objetivo es el lucro económico²¹. A medida que se decomisan los bienes de la organización criminal, se reduce más su poderío económico para estos actos ilegales, hasta llegar a su completo desmantelamiento.

Por eso, cada vez más se constata que no es suficiente la prisión de los jefes de estas organizaciones, pues en seguida habrá su sustitución por otra persona, o el grupo criminal continuará siendo comandado por su jefe desde dentro de la prisión, a veces a través del soborno de los funcionarios de la cárcel, manteniendo la estabilidad y crecimiento de la organización.

Para algunos delincuentes, compensa el riesgo de quedarse cierto tiempo en la prisión para después disfrutar del dinero ocultado y obtenido criminalmente. Y el riesgo de prisión es reducido, frente a la cifra negra, referente al bajísimo número de investigaciones, acciones penales y condenaciones en comparación con los hechos de corrupción efectivamente cometidos. Así, se concluye que el decomiso sin condena penal en casos de corrupción es más eficiente que la privación de la libertad para desarticular estas organizaciones criminales²², lo que no aparta la obligación de ingresar con las respectivas acciones penales.

²⁰ “La cooperación penal internacional es, en ocasiones, tan difícil o lenta que, en muchos casos, ha sido más efectivo para los Estados utilizar el litigio civil privado para recuperar los activos de la corrupción.” (JORGE, Guillermo *et al.* *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 171)

²¹ “El decomiso de los ingresos de la delincuencia se considera desde hace tiempo un medio de lucha eficaz contra la delincuencia organizada. Los planes de acción del Consejo de Europeo encaminados a combatir este fenómeno insisten en la necesidad de privar a la delincuencia organizada de su principal incentivo, es decir, del beneficio” (Informe sobre la DM 2005/212/JAI, de 17.12.2007 COM(2007) 805 final).

²² “Apoyados en la idea que decomisar el producto de los delitos es más efectivo que la privación de la libertad, los regímenes que previenen y castigan el lavado de activos han expandido, durante dos décadas, su cobertura territorial en más de 140 países.” JORGE, Guillermo *et al.* *Recuperación de activos de la corrupción en Argentina: recomendaciones de política institucional y agenda legislativa*. 2009, p. XVIII.

2.2 SOLIDARIDAD Y ECONOMÍA MUNDIAL INTERCONECTADA

Se debe tener en cuenta que la circulación transfronteriza de bienes ilícitos no perjudica solamente el país víctima de la corrupción, sino a los países receptores de los bienes e incluso a la economía mundial²³. Con la globalización, la economía mundial está interrelacionada, de manera que los países dependen de los otros para sus propios crecimientos económicos. Al respecto, la transparencia internacional constató que la actual crisis económica europea, incluso el déficit fiscal, tiene estrecha relación con la corrupción en algunos países europeos²⁴. En una noticia del periódico “El País”, se afirma la íntima conexión de los mercados, de la siguiente forma:

(...) en el mundo ya hay preocupación por un posible efecto dominó que haga trastabillar a todas las naciones: si cae Grecia, se afectan los mercados de Europa, y por ende el resto del *planeta*. Los mercados están conectados.²⁵

Esta conexión entre los mercados financieros de los países, a la par de la gravedad de la corrupción en estos mercados, fortalece la necesidad de la cooperación internacional para la recuperación de activos, basados en los principios de la solidaridad, del interés general y de la

²³ “Los siguientes son los principales efectos de la corrupción analizados por SCHONBOHM, a saber: se distorsiona la competencia y conduce a una ineficiente asignación de recursos, incrementa los costos de producción, disminuye la eficiencia, discrimina entre los sujetos económicos y genera barreras para el acceso a los mercados, exaspera la desigualdad en la distribución del ingreso alimentando así conflictos sociales, en el sector público socava las bases del Estado, la gestión del Estado ya no se ajusta al derecho y no existe seguridad en cuanto a la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la gestión política pierde su legitimidad democrática y el ciudadano termina por violar las leyes y normas dictadas por el Estado, los ciudadanos tratarán de lograr sus objetivos aprovechando las ventajas que pueden obtener a través de la corrupción.” (RENGIFO, Hoover Wadith Ruiz. *Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica*. Bogotá: Ed. Jur. Gustavo Ibáñez, 2002, p. 164).

²⁴ “The on-going financial crisis has brought into stark relief the price of complacency about corruption in Europe.” Transparencia Internacional. *Money, Politics, Power: Corruption Risks in Europe*. 2012, p. 10. Disponible en <http://www.transparency.org/enis/report>, consultado en 02/01/2013.

²⁵ Disponible en <http://www.elpais.com.co/elpais/economia/noticias/peso-tesis-grecia-amenaza-mundo>. Consultado en 15.11.2012. Según la ONU, “la interdependencia de las naciones y de los pueblos se debe reconocer porque la globalización económica, principalmente mediante el comercio y la inversión internacionales, al mismo tiempo que promueve la interdependencia y sus efectos positivos, también puede tener los efectos opuestos de desconexión y exclusión, especialmente para quienes sobreviven al borde del abismo. En un mundo que asiste a los procesos simultáneos de globalización y fragmentación, la cooperación para nuestro futuro común es una condición sine qua non y requiere al mismo tiempo un nuevo enfoque en materia de relaciones internacionales.” ONU, Asamblea General, Derechos humanos y solidaridad internacional, Nota de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, informe del Experto independiente sobre los derechos humanos y la solidaridad internacional, Rudi Muhammad Rizki.

soberanía. Según el artículo 52 de la Convención de Mérida de 2003, la restitución de activos relacionados a la corrupción es “un *principio fundamental de la presente Convención y los Estados Parte se prestarán la más amplia cooperación y asistencia entre sí a este respecto*” (negritas del autor).

La solidaridad entre los Estados, impulsada con la globalización, resulta en el deber de cooperación internacional para el decomiso (no es una cortesía)²⁶, con vistas a la tutela efectiva²⁷, la disminución de la desigualdad entre los pueblos, la integración entre los Estados y sus desarrollos sociales, económicos y políticos. En documento de la ONU, se afirma que:

(...) ‘la solidaridad internacional es una parte esencial de la cooperación internacional’ (...) y ‘definitivamente un principio de derecho internacional’, (...) de modo que ‘la solidaridad y la cooperación internacionales suponen obligaciones jurídicas de carácter primordial.’²⁸

La sociedad ha pasado por un Estado liberal (pequeña intervención estatal), por un Estado social (excesiva intervención estatal), y después al Estado Democrático de Derecho, en busca del equilibrio entre los dos Estados anteriores y del respeto a los derechos humanos, individuales y colectivos²⁹. Con la creciente globalización e intereses comunes (como la lucha contra la corrupción), el Estado se remodela con el fortalecimiento de las relaciones internacionales, que debe ser basada en la solidaridad mundial, puesto que un país ya no crece más solitario.

²⁶ Según el preámbulo de la Convención de Mérida de 2003, “la prevención y la erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que éstos deben cooperar entre sí”.

²⁷ “La realidad y las consecuencias derivadas de la delincuencia transfronteriza han generado un consenso en considerar que la solicitud de auxilio judicial internacional es un derecho del Estado requirente, implícito en la tutela efectiva que debe brindar los órganos judiciales” RODRIGUES GARCÍA, N., La Corrupción de Funcionario Público Extranjero en el Derecho Penal Chileno a la Luz del Convenio de la OCDE”, elaborado en el marco de proyectos de investigación españoles financiados por el Ministerio de Educación (DER2009-13351) y la Junta de Castilla y León (SA033A10-1), p. 131.

²⁸ ONU, Asamblea General, Derechos humanos y solidaridad internacional□, Nota de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, informe del Experto independiente sobre los derechos humanos y la solidaridad internacional, Rudi Muhammad Rizki.

²⁹ “Los derechos humanos colectivos fueron propuestos por primera vez en la década de 1960 por el Movimiento de los Países No Alineados. El reconocimiento del derecho de los pueblos a la libre determinación reconfiguró el destino de la comunidad internacional de Estados, el derecho internacional y las relaciones internacionales. La ampliación de los derechos de los pueblos para incluir más categorías se llevaría a cabo mediante el aumento del deber de cooperar a fin de alcanzar los objetivos de la Carta de las Naciones Unidas, en combinación con un nuevo principio de solidaridad.” Ibidem.

Otra cuestión tormentosa es que la soberanía estatal continúa siendo un obstáculo para la cooperación internacional, principalmente por la desconfianza de los países requeridos con relación a los organismos públicos y el sistema jurídico de los países requirentes³⁰. También hay la desconfianza (velada) de que el Estado requirente tiene intereses propios y oscuros, sumada a la falta de voluntad en cooperar y bajo la idea equivocada (también velada) de que la cooperación apenas beneficia al Estado requirente.

De acuerdo con la Comisión Europea de Derechos Humanos, uno de los objetivos de la UE es la creación de un "espacio de libertad, seguridad y justicia" (TUE, Artículo 2), por eso es absolutamente esencial la confianza en otros sistemas de justicia, presuponiéndose que las decisiones son dictadas con equidad. Muy pertinente la Conclusión 33 de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, de 15 y 16 de octubre de 1999:

(...) un mejor reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales y la necesaria aproximación de las legislaciones facilitarían la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos individuales. Por consiguiente, el Consejo Europeo hace suyo el principio del reconocimiento mutuo, que, a su juicio, debe ser la piedra angular de la cooperación judicial en materia civil y penal en la Unión.

En el tema de la recuperación de activos de la corrupción, ya no se puede sostener más, a la luz de la conexión entre los mercados financieros, de que la respectiva cooperación ampara solamente al Estado requirente, una vez que el ingreso de bienes derivados de la corrupción en un país, a largo plazo, causa enormes perjuicios económicos, políticos y sociales para todos los países involucrados, e indirectamente a todo el mundo (ver ítem 5.1).

Con este fundamento, la soberanía no puede ser una dificultad para estos tipos de cooperación. Por lo contrario, el embargo y el decomiso de bienes nada más que afirma la soberanía de determinado Estado al manifestar sus poderes sobre los bienes en su territorio y provenientes de la corrupción, los cuales son dañinos para todos los Estados.

Para tal cooperación, es fundamental la aceptación de pruebas o decisiones extranjeras,

³⁰ “El principio del reconocimiento mutuo de decisiones, vigente en Europa, “se funda siempre en un elemento básico: la confianza en que las reglas que rigen los «procesos de producción» en el Estado de origen garantizan la elaboración de un «producto» que sea «asumible» sin control de calidad en los demás Estados, es decir, la confianza en que las resoluciones judiciales que se dictan en los demás Estados miembros pueden ser aceptadas como propias porque los procesos en que se han fraguado, aun siendo diversos, son equiparables a los nuestros.” INCHAUSTI, Fernando Gascón. *El decomiso transfronterizo de bienes*. Madrid: Ed. Colex, 2007, p. 51.

sin que haya relativización de la soberanía estatal, pues los Estados exigen, con razón, que todos los actos procesales sean producidos con respeto a los principios del debido proceso legal y otros derechos fundamentales, sobre todo derechos humanos, consagrados internacionalmente.

2.3 ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA PARA LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

La cooperación internacional es una de las manifestaciones más complejas del Derecho, pues se debe armonizar el derecho procesal y material de los países involucrados, con culturas sociales y jurídicas distintas, con mayor o menor intensidad, dependiendo de los sistemas jurídicos (*civil law* y *common law*), y primordialmente del grado de democracia del Estado.

En este punto, la principal fuente del derecho del sistema *civil law* es la ley, y del *common law* es la jurisprudencia (precedentes), pero es perfectamente posible la cooperación entre Estados de ambos sistemas, de acuerdo con la compatibilidad de las respectivas garantías procesales y materiales, revelando la importancia de que un Estado conozca el sistema jurídico del otro, principalmente de las flexibilidades de sus sistemas, por medio de cooperaciones previas e informales entre las autoridades de cada país.³¹

Sobre estas garantías, cuanto más democracia en los Estados, más viable será la cooperación, pues la democracia, además de la consagrada definición de Gobierno del pueblo, exige el respeto a los derechos fundamentales (procesales y materiales), los cuales son imprescindibles para que un Estado democrático reconozca decisiones del otro.

La armonización material y procesal, con relación al decomiso basado en hechos de corrupción, depende mucho de lo dispuesto en los convenios bilaterales o multilaterales entre los Estados, así como del ordenamiento jurídico interno y el concepto de orden público

³¹ “As has been previously stated, civil law is based on the codification of laws, while common law is based on law made by judges, or stare decisis. The major difference between the two traditions that causes the greatest challenge for practitioners in international legal cooperation relates to the criminal procedures that each tradition follows. (...) A basic understanding of those legal traditions and how flexibility is built into them is beneficial when discussions take place between requesting and requested States, as it allows both parties to speak knowledgeably as to how such flexibility can be found in their respective systems in an attempt to achieve a successful outcome.” UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME. Manual on Mutual Legal Assistance and Extradition, New York, 2012, págs. 11/12.

adoptado por la jurisprudencia del Estado.

El art. 46.7 de la Convención de Mérida de 2003 determina que se debe observar los tratados de cooperación específicos entre los Estados, pero si no hay tratado, o si éste no es eficiente, se debe aplicar esta Convención con vistas a facilitar la cooperación³².

Por lo tanto, la ausencia de previos acuerdos o tratados internacionales no es impedimento para la cooperación jurídica internacional, pero es innegable que su existencia es un gran facilitador, mediante la simplificación del procedimiento y de la comunicación entre los Estados interesados³³.

Hay diversas normas internacionales y comunitarias que facultan a los Estados incorporar, a sus derechos internos, algunos motivos para denegar la cooperación. Se puede mencionar que es frecuente que los Estados adopten como motivos de denegación de la cooperación, de forma resumida, la inobservancia a la doble incriminación, al principio *non bis in idem*, y al orden público, teniendo como fundamento base la soberanía³⁴.

No obstante, según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea - TJUE, los motivos de denegación para el decomiso, previstos en el art. 8 de la DM de 2006/783/JAI, son facultativos³⁵ (incluyéndose los motivos mencionados arriba), o sea, los Estados no necesitan

³² Artículo 46.7: “Los párrafos 9 a 29 del presente artículo se aplicarán a las solicitudes que se formulen con arreglo al presente artículo siempre que no medie entre los Estados Parte interesados un tratado de asistencia judicial recíproca. Cuando esos Estados Parte estén vinculados por un tratado de esa índole se aplicarán las disposiciones correspondientes de dicho tratado, salvo que los Estados Parte convengan en aplicar, en su lugar, los párrafos 9 a 29 del presente artículo. Se insta encarecidamente a los Estados Parte a que apliquen esos párrafos si facilitan la cooperación”.

³³ BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação Jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. 198 hojas. Tesis de Doctorado en Derecho. Universidade de São Paulo, p. 149, 2009.

³⁴ En este sentido, véanse: art. 46.1 de la Convención de Mérida de 2003; art. 18 del Convenio de Estrasburgo de 1990 (convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito); art. 34 del REGLAMENTO (CE) N° 44/2001 DEL CONSEJO, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; y art. 8 del Informe de La Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, del 6 de octubre de 2006, relativo a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso.

³⁵ En conformidad con el Informe de Evaluación de la Comisión de 23.08.2010 COM (2010) 428, “el artículo 8 establece una serie de motivos que pueden servir de base para negarse a reconocer o a ejecutar una resolución de decomiso. Todos los motivos recogidos en este artículo son facultativos para los Estados miembros, que pueden optar por aplicarlos o no, y que pueden asimismo subordinar su aplicación a unas condiciones más rigurosas que las previstas en esta disposición (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 6 de octubre de 2009, asunto C-123/08, Wolzenburg, DO C 116 de 9.5.2008, p. 18). Si se transponen, los motivos de denegación deben inscribirse en el ordenamiento interno como facultativos para la autoridad competente («La autoridad competente del Estado de ejecución podrá negarse a...»). Dado que constituyen una excepción al principio general del reconocimiento mutuo, la lista de motivos es exhaustiva, por lo que los Estados miembros no pueden añadir otros motivos de denegación en su legislación de aplicación.”

aplicar la transposición de tales motivos para su derecho interno, a fin de asegurar la cooperación más amplia posible en la recuperación de activos. Además, los motivos de denegación previstos en la mencionada decisión marco no pueden ser ampliados, es decir, no se pueden añadir más motivos de denegación.

En la práctica, sin embargo, la realidad es otra, ya que muchos Estados no cumplen la decisión del TJUE, adicionando motivos de denegación no previstos en la DM de 2006/783/JAI, según el Informe de Evaluación de la Comisión de 23.08.2010 COM (2010) 428.³⁶

Es por eso que se critica la falta de aplicación directa de los convenios internacionales y comunitarios. De acuerdo con el Fiscal español Emilio de Llera, el problema es que la mayoría de los tratados de lucha contra la corrupción carecen de eficacia directa en los Estados signatarios, pues estos se limitan apenas al deber de modificar las leyes internas, razón por la cual los Estados cumplen de manera muy diversa estas normas (genera una perjudicial desigualdad normativa). Así, concluye el eminente Fiscal, la necesidad de los tratados *self-executing*, para la aplicación directa y uniforme, sin necesidad de transposición.³⁷

En el caso de España, los motivos de no reconocimiento de decisiones europeas sobre el decomiso están dispuestos en el artículo 19 de la ley 4/2010, que no dispone sobre motivos adicionales de denegación, pero se transponen fielmente los motivos del artículo 8 de la DM 2006/783/JAI, los cuales se transforman de facultativos en obligatorios.³⁸

En términos generales, el Reglamento (CE) n° 44/2001 dispone, en sus arts. 34 y 35, sobre algunas causas de no reconocimiento de resoluciones judiciales en materia civil, destacándose el orden público y el *bis in idem*, pero con la ventaja del reconocimiento automático, sin la necesidad de homologación judicial (reconocimiento mutuo de decisiones)³⁹, cuando no son necesarios providencias judiciales, como registrar una resolución

³⁶ “Por desgracia, el análisis de los motivos de no reconocimiento pone de manifiesto que casi todos los Estados miembros han añadido varios motivos en sus legislaciones nacionales. Esta práctica no se atiene a lo dispuesto en la Decisión marco”. Informe de Evaluación de la Comisión de 23/08/2010 COM (2010) 428.

³⁷ LLERA, Emilio. *Jornadas Iberoamericanas: Lucha contra la corrupción y cooperación jurídica internacional*. Conferencia proferida en Madrid, el 22/09/2011. Disponible en <http://www.youtube.com/watch?v=xi4nip9kf9o>, a partir de 1:08 del video, consultado en 15/12/2012.

³⁸ FERNANDEZ, Francisco Jiménez-Villarejo. *Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos*, Revista de Derecho Penal. Disponible en http://www.reformapenal.es/wp-content/uploads/2012/01/ Penal34_NovLegislativas.pdf, consultado en 15/12/2012.

³⁹ Artículo 33 1 del Reglamento 44/2001: “Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán

firme extranjera en una notaría.

Ya en el reconocimiento de resoluciones de países que están fuera de la Unión Europea, el exequátur de sentencias extranjeras civiles (como el decomiso sin condena) sigue los tratados específicos entre los Estados, o, en su ausencia, se puede aplicar el principio de la reciprocidad y las leyes internas del Estado requerido, siempre observando el orden público, como la prohibición de decisiones en rebeldía ilegal.⁴⁰

En Brasil, no hay leyes internas para la cooperación internacional en casos de embargo, producción de pruebas o decomiso, de modo que los únicos requisitos, para cualquier cooperación, se refieren a la observancia de los amplios principios del orden público, de la soberanía y de las buenas costumbres, de acuerdo con el art. 17 del “Decreto-Lei nº 4.657”, de 4 de septiembre de 1942⁴¹.

Ante los mencionados principios generales, compete a la jurisprudencia brasileña moldear estos principios, especialmente del Superior Tribunal de Justicia, responsable de “la homologación de sentencias extranjeras y la concesión de exequátur a las cartas rogatorias”, en los términos del artículo 105, I, i, de la Constitución brasileña, incluido por la enmienda 45/2004 (se resume en el ítem 6.1 los procedimientos brasileños y españoles para la cooperación internacional).

2.3.1 DOBLE INCRIMINACIÓN

El principio de la doble incriminación es una exigencia antigua para la cooperación internacional, en el sentido de que las leyes internas de los países (cooperante y cooperado) deben tener previamente tipos penales semejantes. Su origen proviene del derecho de extradición y del principio de la legalidad, para que no haya persecuciones políticas y

reconocidas en los demás Estados miembros, sin que fuere necesario recurrir a procedimiento alguno.”

⁴⁰ Ver artículos 951 a 958 de la Ley española de Enjuiciamiento Civil de 1881 - LEC, mantenidos por la actual LEC de 2000, combinados con los artículos 85, 277 y 278 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁴¹ Art. 17. “As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”

religiosas, atrayendo a personas para Estados que no tengan tales crímenes.⁴²

Aunque prácticamente todas las normas internacionales permiten la exigencia de la doble incriminación, como la Convención de Mérida de 2003 y la Convención de Palermo de 2000⁴³, actualmente hay una tendencia en restringir su configuración, así como recomendar que no sea un requisito para la cooperación internacional, principalmente en casos de decomiso.

Al respecto, la Convención de Mérida de 2003 preconiza que la doble incriminación está configurada si los principales elementos del crimen están incorporados en las legislaciones internas, pero las tipificaciones no necesitan ser idénticas, conforme su artículo 43.2:

(...) en cuestiones de cooperación internacional, cuando la doble incriminación sea un requisito, éste se considerará cumplido si la conducta constitutiva del delito respecto del cual se solicita asistencia es delito con arreglo a la legislación de ambos Estados parte, independientemente de si las leyes del Estado parte requerido incluyen el delito en la misma categoría o lo denominan con la misma terminología que el Estado parte requirente.

Además, la Convención de Mérida de 2003 determina, en su art. 46.9, apartados a), b) y c), que los Estados cooperen incluso cuando no esté configurada la doble incriminación, por lo menos para medidas no coercitivas⁴⁴, teniendo en cuenta los objetivos de esta Convención y la amplia asistencia.

Es importante consignar que el artículo 2º del “Convenio de Cooperación Jurídica y Asistencia Judicial en Materia Penal entre el Reino de España y la República Federativa de Brasil, hecho en Brasilia el 22 de mayo de 2006”, dispensa la doble incriminación⁴⁵, en consonancia con las actuales recomendaciones para la cooperación internacional.

A pesar de todo eso, en la Unión Europea, hay un sistema diferente sobre la doble tipificación, puesto que las decisiones marco 2003/577/JAI y 2006/783/JAI, transpuestas,

⁴² JORGE, Guillermo *et al*, *Recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires, 2008, pág 171

⁴³ Art. 46.9.b. de la Convención de Mérida de 2003; art. 18.9 de la Convención de Palermo de 2000.

⁴⁴ Medidas no coercitivas pueden ser medidas de investigación, citaciones, testimonios, etc.. El decomiso es una típica medida coercitiva.

⁴⁵ Art. 2.1 del Convenio: “La asistencia se prestará aún cuando el hecho por el cual se procede en la Parte requirente no sea considerado como delito por el ordenamiento jurídico de la Parte requerida.”

entre otras normas, por las leyes españolas 18/2006 (reconocimiento de decisiones sobre embargo y aseguramiento de pruebas) y 4/2010 (reconocimiento de decisiones sobre decomiso), no exigen la doble incriminación para algunos crímenes graves, incluyéndose la corrupción, y desde que se los castiguen con penas privativas de libertad cuya duración máxima sea de al menos tres años (es un sistema de lista con 32 infracciones). Estas normas prevén que, si la solicitud de decomiso no está relacionada con los delitos graves de la lista, la doble incriminación pasa a ser un requisito para la cooperación.⁴⁶

Como dicho arriba, Brasil no tiene ninguna ley interna que prevea la doble incriminación para casos de decomiso, exigiendo su presencia apenas para la extradición⁴⁷. Por eso, se deben analizar los convenios específicos entre los Estados, o, en su ausencia, los convenios multilaterales, como la Convención de Mérida de 2003 y la Convención de Palermo de 2000, además de la observancia del amplio principio del orden público.

2.3.2 NE BIS IN IDEM TRANSNACIONAL

El principio del *ne bis in idem* puede ser definido, genérica y etimológicamente, como “no dos veces por los mismos hechos”. Este principio es mencionado en algunos tratados internacionales⁴⁸, principalmente para observarlo en la esfera nacional, pero no hay un consenso, en el campo transnacional, sobre cómo aplicarlo en situaciones específicas.⁴⁹

Se explica: el *ne bis in idem* tiene una clara definición en los derechos nacionales, en el sentido, en general, de que nadie puede ser procesado, juzgado o ejecutado dos veces por los mismos hechos y en la misma esfera del derecho (civil, penal o administrativa). Sin embargo, en la cooperación internacional hay múltiples interpretaciones si se aplica también la prohibición a la doble persecución, al doble juzgamiento o solamente a la doble ejecución.

⁴⁶ Art. 3 de la DM de 2003; art. 6 de la DM 2006/783/JAI; art. 10 de la Ley 18/2006, de 5 de junio, y art. 15 de la Ley 04/2010, de 10 de marzo.

⁴⁷ Artículo 77, apartado II, del “Estatuto do estrangeiro” brasileño.

⁴⁸ Pacto de San José de Costa Rica, art. n ° 8.4, y Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, art. n ° 14.

⁴⁹ CORDERO, Isidoro Blanco. *El delito de blanqueo de capitales*, Editorial Arazandi, 2012, e-book, 27.1%

En Europa, la principal definición del *ne bis in idem* transnacional es notada en el artículo 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (en adelante, CAAS), de 19 de junio de 1990⁵⁰, por lo cual

(...) una persona que haya sido juzgada en sentencia firme por una Parte contratante no podrá ser perseguida por los mismos hechos por otra Parte contratante, siempre que, en caso de condena, se haya ejecutado la sanción, se esté ejecutando o no pueda ejecutarse ya según la legislación de la Parte contratante donde haya tenido lugar la condena.

Se entiende que, delante de la expresión “sentencia firme”, esta norma apenas impide la doble ejecución, pero no el doble proceso, principalmente en casos de decomiso, de modo que no hay la llamada litispendencia entre procesos penales de Estados distintos. En este sentido, la Fiscal española Rosa Ana Morán Martínez, al tratar de la recuperación de activos, menciona que “la definición del *ne bis in idem* en el Convenio de Schengen no impide el doble proceso sino que trata de evitar únicamente el cumplimiento de doble sanción.”⁵¹

Igualmente, el artículo 19.a de la Ley española 4/2010⁵² prohíbe solamente la doble ejecución, pero no la doble persecución, en razón a la mención de que no se reconoce la decisión de decomiso cuando ya hay alguna “resolución firme” de otro Estado. Es decir, si hay la cosa juzgada (sobre la misma persona y el mismo hecho) en algún Estado distinto del requirente, se denegará el reconocimiento. A *contrario sensu*, si no hay dos cosas juzgadas extranjeras, pero sólo una acción en andamiento, es posible el reconocimiento, debido a la viabilidad de la doble persecución.

⁵⁰ “El CAAS ha constituido un importante hito para el establecimiento de un principio *ne bis in idem* internacional.” (VERVAELE, John A. E. *El principio ne bis in idem en Europa. el tribunal de justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo*. Disponible en <http://igitur-archive.library.uu.nl/law/2006-0203-200044/EL%20PRINCIPIO.pdf>, consultado en 16/12/12).

⁵¹ MARTÍNEZ, Rosa Ana Morán. *Decisión marco de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y aseguramiento de pruebas*, en Jesús María Bamentos Pacho (Director) *et al. La nueva ley para la eficacia en la unión europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales*. CGPJ. Estudios de Derecho Judicial 117, p. 200.

⁵² Art. 19, “a”, de la Ley 4/2010: “el Juez de lo Penal competente denegará el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones de decomiso (...) cuando se haya dictado en España o en otro Estado distinto al de emisión una resolución firme, condenatoria o absolutoria contra la misma persona y respecto de los mismos hechos, y su ejecución vulnerase el principio *non bis in idem* en los términos previstos en las leyes y en los convenios o tratados internacionales ratificados por España, y aun cuando el condenado hubiera sido posteriormente indultado.”

Con estas bases legales, se podría interpretar, a groso modo, que debe prevalecer la decisión transitada en juzgado para fines de cooperación internacional al decomiso, y si hay dos cosas juzgadas, la discusión sería muy intensa, con la tendencia de prevalecer la primera cosa juzgada.⁵³ A la par de tales circunstancias, se debe analizar también cuál sería el Estado perjudicado económicamente para la devolución, o hasta la posibilidad de concomitantes acciones de decomiso sobre el mismo hecho, si más de un Estado es afectado económicamente, pues habrían fundamentos y sujetos pasivos diferentes, apartando el *ne bis in idem*.

De acuerdo con la sentencia del TJUE, en los asuntos acumulados C-187/01 y C-385/01, el art. 54 del CAAS es aplicable en el ámbito penal, de modo que la víctima puede utilizarse de la acción civil para buscar la reparación del daño, independientemente del *bis in idem* relacionado a acciones penales.⁵⁴ El TJUE manifestó que el *ne bis in idem* “no impide a la víctima ni a cualquier otro perjudicado por el comportamiento del imputado ejercitar o mantener una acción civil para solicitar la reparación del perjuicio sufrido”. Esta decisión demuestra la posibilidad de que todos los perjudicados por el crimen puedan ingresar con acciones civiles, independientemente del *bis in idem*, como varios perjudicados por una corrupción transnacional.

Además de eso, se sabe, como fue mencionado anteriormente, que la tasa de recuperación de activos, en general, es muy baja, lo que refuerza la posibilidad de más de una acción en distintos Estados, con la finalidad de recuperar todos los valores desviados, desde

⁵³ Según informaciones extraídas del sitio de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, “puede suceder que las dos partes de un litigio inicien procedimientos judiciales sobre el mismo asunto en varios Estados miembros. Por ejemplo, después de un accidente de tráfico entre dos personas que viven en Alemania y Francia, respectivamente, podría ocurrir que ambas demandaran al otro por daños y perjuicios en el Estado miembro en el que tiene su domicilio la parte contraria. En tal situación el Reglamento establece básicamente una regla de “orden de llegada”. El órgano jurisdiccional ante el que se ha planteado el asunto en último lugar debe suspender su procedimiento y esperar a que el otro órgano jurisdiccional se pronuncie sobre su competencia judicial. Si el órgano jurisdiccional al que se planteó el asunto en primer lugar se considera competente, el otro órgano jurisdiccional deberá abandonar el caso. Solamente en caso de que el órgano jurisdiccional ante el que se planteó el asunto en primer lugar llegue a la conclusión de que no es competente, el otro órgano jurisdiccional podrá reanudar su procedimiento.” Disponible en http://ec.europa.eu/civiljustice/jurisdiction_courts/jurisdiction_courts_ec_es.htm. Consultado en 02/01/2013.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal del Justicia de 11 de febrero de 2003. Procesos penales contra Hüseyin Gözütok (C-187/01) y Klaus Brügge (C-385/01). Ementa: “Unión Europea - Cooperación policial y judicial en materia penal - Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen - Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen - Principio *ne bis in idem* - Aplicación a una decisión del ministerio fiscal por la que se archivan definitivamente las diligencias incoadas contra un imputado, previo cumplimiento de ciertas obligaciones por parte de éste - Alcance limitado a la acción pública, que deja intacto el derecho a la acción civil de la víctima”

que no haya exceso de bienes embargados⁵⁵. También es posible que más de un Estado intente el decomiso sobre los mismos bienes, pero serían analizadas las reglas nacionales de preferencia sobre los bienes embargados (por ejemplo: el primer pedido de embargo)⁵⁶.

En esta línea de ideas, lo más importante en el tema de *ne bis in idem* es que no haya doble ejecución sobre los mismos hechos y sujetos, aplicándose la compensación (principio de “toma en consideración”⁵⁷) caso ya hayan sido recuperados algunos bienes.⁵⁸ Ésta es la disposición del art. 12.2 de la DM 2006/783/JAI:

(...) en caso de decomiso de productos de un delito, toda porción del valor de los bienes afectados que se recupere en virtud de la resolución de decomiso en cualquier Estado distinto del Estado de ejecución se deducirá en su totalidad del valor de los bienes que se han de decomisar en el Estado de ejecución.

2.3.3 ORDEN PÚBLICO

Sobre el orden público, es comúnmente definido, para fines de cooperación internacional, como la observancia de los derechos fundamentales de determinado ordenamiento jurídico. Por eso, es un concepto muy abierto que permite diferentes interpretaciones, que deben ser restrictivas para no ser una barrera a la cooperación internacional, limitándose a los principales derechos fundamentales, especialmente derechos

⁵⁵ Ver el artículo 5, apartados 2 y 3, de la DM 2006/783/JAI sobre los supuestos para transmitir una decisión de decomiso a más de un Estado miembro, como bienes ubicados en más de un Estado.

⁵⁶ Ésta es una de las circunstancias previstas en el art. 11 de la DM 2006/783/JAI, que define que “la decisión sobre cuál o cuáles de las resoluciones de decomiso habrán de ejecutarse corresponderá a la autoridad competente del Estado de ejecución con arreglo a su Derecho nacional, tras considerar debidamente todas las circunstancias, que podrán incluir la existencia de un embargo preventivo, la gravedad relativa y el lugar de la infracción, las fechas de las resoluciones respectivas y las fechas de su transmisión.” Esta disposición fue transpuesta por el artículo 17 de la Ley española 4/2010.

⁵⁷ “en algunos casos, cuando ha habido una condena previa por el mismo hecho en otro país, debe tenerse en cuenta la condena impuesta de manera que se reduzca la segunda condena (“Anrechnungsprinzip”, principio de toma en consideración)” (Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal /*COM/2000/0495)

⁵⁸ “De ahí que pueda afirmarse, como señala nuestro TS en su sentencia de 22 de diciembre de 2003, que el fundamento último de la prohibición del «bis in idem» en el ámbito de la UE tal y como se encuentra regulado en los arts. 54 a 58 del CAAS —también aplicable en nuestro Ordenamiento Jurídico— se encuentra en el principio de proporcionalidad o bien el principio de culpabilidad: «lo decisivo es la limitación proporcional de la acumulación de sanciones respecto de la gravedad del hecho sancionado» (Sanz Hermida, Ágata M.ª, Aplicación transnacional de la prohibición del bis in idem en la Unión Europea, Revista Penal, n.º 21, Enero de 2008).

humanos consagrados internacionalmente.⁵⁹

La exposición de motivos de la propuesta del Código Modelo de Cooperación Interjurisdiccional para Iberoamérica⁶⁰, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, esclarece con precisión el concepto de orden público:

La cláusula de orden público está asociada a la observancia de los principios fundamentales del Estado en cuyo territorio se pretenda la eficacia de cualquier acto extranjero o se pretenda practicar un acto a favor de la prestación jurisdiccional de un tribunal extranjero (art. 2º, I). De esa forma, del poder público de un Estado no deben emanar actos contrarios a sus propios principios fundamentales y tampoco actos que sirvan a la actividad jurisdiccional en otro Estado que también puedan ser incompatibles con dichos principios. (...) La asociación entre orden público internacional y los principios fundamentales inspirada en la legislación alemana, austriaca y portuguesa, disminuyó el grado de imprecisión del concepto indeterminado de orden público, aparta de la comprensión de éste la simple contradicción entre leyes infraconstitucionales o constitucionales y lo eleva al nivel de principio fundamental, expresado o no en una constitución.

El artículo 12.3 de la DM 2006/783/JAI es un buen ejemplo de que los ordenamientos jurídicos no necesitan ser idénticos para propiciar la cooperación internacional, y que solamente la violación de los derechos fundamentales básicos pueden impedirla, en el sentido de que “las resoluciones de decomiso dictadas contra personas jurídicas se ejecutarán aun cuando el Estado de ejecución no reconozca el principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, instando, por tanto, que los países dispensen la exigencia de la doble incriminación.⁶¹

⁵⁹ Según el Ministerio Público Federal de Brasil, orden público es “un instituto destinado a impedir la aplicación de Ley extranjera en Brasil, para preservación de los valores esenciales del orden jurídico. Igualmente, también imposibilita el atendimento a pedidos de cooperación realizados por Países extranjeros. Es un concepto jurídico abierto, que en los modernos diplomas internacionales ha sido definido como el conjunto de principios fundamentales de determinado ordenamiento jurídico. Ha de ser dada interpretación restrictiva al instituto, bajo pena de que éste sea usado indebidamente como una barrera a la cooperación jurídica internacional.” (Disponible en <http://gtld.pgr.mpf.gov.br/cooperacion-internacional/glosario/glosario-cooperacion-internacional>. Consultado en 02/12/2012.)

⁶⁰ También según la misma exposición de motivos, el “proyecto de Código Modelo no es una propuesta de tratado internacional a ser ratificado, pero sí es una propuesta de normas nacionales a ser incorporadas internamente por países iberoamericanos y destinada a la cooperación interjurisdiccional con cualquier Estado, iberoamericano o no.”

⁶¹ No obstante, muchos países no han transpuesto este dispositivo, como menciona el informe de la Comisión Europea de 23.8.2010 COM(428) 2010 sobre la DM 2006/783/JAI: “La transposición parcial de este artículo se debe fundamentalmente a la no transposición del apartado 3 relativo a las personas jurídicas. Algunos Estados miembros han invocado la legislación nacional a este respecto (“Austria, Países Bajos y Polonia”), otros no han transpuesto esta disposición o no han adjuntado la legislación pertinente (“Dinamarca, Irlanda, Finlandia, Portugal, Rumanía y Eslovenia”). El ordenamiento interno de “Chequia” no reconoce responsabilidad penal a las

Luego, si no hay previsión legal en un Estado para el decomiso penal contra las personas jurídicas, eso no quiere decir que reconocer una decisión extranjera en este sentido ofenda el orden público interno, ya que muchas veces no hay previsión legal por falta de voluntad política, no porque sea inconstitucional. Además, hay que vislumbrar si el Estado requerido puede recuperar los bienes de la persona jurídica por otros medios no relacionados a la vía penal, pero con el mismo resultado que el decomiso penal, caso en que negar el reconocimiento de tal decisión sería irrazonable. Por otra parte, si el Estado requerido no tiene instrumentos jurídicos equiparables al decomiso penal, por ser contrario a su Constitución, no hay como exigir la cooperación internacional, por violación al orden público interno, debiéndose respetar la soberanía estatal.

La cuestión de obediencia al orden público también tiene que ver con la compatibilidad procesal, pues el derecho procesal puede ser totalmente diferente entre dos Estados, pero la cooperación es viable desde que acatados los derechos procesales fundamentales, tales como el debido proceso legal, el contradictorio, la igualdad entre las partes, la publicidad de los actos, la fundamentación de las decisiones judiciales, la independencia e imparcialidad del juez, y el derecho a ser representado por abogado, principios presentes en todos los Estados democráticos.

Estos principios, en suma, corresponden a las reglas fundamentales del proceso civil transnacional, extraídos del texto “Principles and Rules of Transnational Civil Procedure”, aprobado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y por el American Law Institute, en 2004. Según el artículo 31 de este texto, un Estado debe cooperar con otro que adopte tales principios⁶², concluyéndose que lo esencial es el cumplimiento de principios procesales básicos, independientemente del modelo procesal del Estado.

Se puede, todavía, incluir en el amplio principio del orden público otras normas

personas jurídicas, razón por la cual no cumple estrictamente este artículo. No obstante, con arreglo al ordenamiento checo es posible reconocer y ejecutar parcialmente una resolución de decomiso. “Chequia” comunicó que está elaborando una nueva legislación que introducirá en el Derecho checo el concepto de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por determinadas conductas.”

⁶² Principles and Rules of Transnational Civil: “31. International Judicial Cooperation The courts of a state that has adopted these Principles should provide assistance to the courts of any other state that is conducting a proceeding under these Principles, including the grant of protective or provisional relief and assistance in the identification, preservation, and production of evidence.” Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2878/11.pdf>. Consultado en 04/12/2012.

fundamentales, como las inmunidades y el tercero de buena fe, que son motivos de no reconocimiento dispuestos en el art. 8 de la DM de 2006/783/JAI, así como previstos como derechos fundamentales en las legislaciones internas de la mayoría de los Estados.

Sin embargo, aunque haya diferencias significativas entre los derechos involucrados, el Estado requerido debe consultar al Estado requirente sobre determinadas condiciones para prestar la asistencia solicitada, y si hay concordancia, las condiciones deberán ser cumplidas⁶³. Esta es una manera muy buena para posibilitar la cooperación, por medio de un consenso.

2.3.4 CONCLUSIÓN SOBRE LAS ARMONIZACIONES LEGISLATIVAS

Lo ideal es la perfecta armonización legislativa, con previsiones legales similares en todos los países, o hasta normas europeas que unifiquen las legislaciones en determinados temas, como el decomiso⁶⁴, para aplicación directa por los Estados, sin la necesidad de la transposición de las normas internacionales en las normativas nacionales.

Sin embargo, sabemos que la diversidad cultural, social, jurídica, lingüística y económica entre los Estados dificulta mucho este ideal. Por eso, debe buscarse la cooperación internacional con base a las normas existentes, mediante la interpretación más condeciente con la actual realidad globalizada, así como con las normas internacionales y comunitarias (interpretación conforme), sin apartar la creación de nuevas normas nacionales para la armonización legislativa.⁶⁵

⁶³ Art. 46, ítem 26, de la Convención de Mérida “Antes de denegar una solicitud presentada con arreglo al párrafo 21 del presente artículo o de diferir su cumplimiento con arreglo al párrafo 25 del presente artículo, el Estado Parte requerido consultará al Estado Parte requirente para considerar si es posible prestar la asistencia solicitada supeditándola a las condiciones que estime necesarias. Si el Estado Parte requirente acepta la asistencia con arreglo a esas condiciones, ese Estado Parte deberá cumplir las condiciones impuestas.”

⁶⁴ Según el Comité Económico y Social Europeo (CESE): “dado que la eficacia de la lucha contra la delincuencia organizada depende de un enfoque necesariamente global, el CESE lamenta que la armonización de las medidas de embargo preventivo y decomiso no se recojan en un instrumento de naturaleza igualmente global, que retome el acervo de la Unión adoptado con arreglo al antiguo tercer pilar sobre cooperación judicial y cooperación de los servicios de investigación, facetas complementarias e indisociables de una misma política. (Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea - COM(2012) 85 final — 2012/0036)

⁶⁵ De acuerdo con el Artículo 6 de la Propuesta de Directiva de 12/03/2012 COM (2012) 85 final, “el decomiso se ve obstaculizado como consecuencia de las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros.” Sobre el tema, se sostiene que “la armonización de las legislaciones nacionales se propone como un

3 MEDIOS DE RECUPERACIÓN INTERNACIONAL DE ACTIVOS DE LA CORRUPCIÓN

3.1 COMISIONES ROGATORIAS Y RECONOCIMIENTO DE DECISIONES

La cooperación internacional tiene como registro histórico un tratado sobre extradición, firmado alrededor de 1280 a.C., entre el faraón Ramsés II, de Egipto, y Hatisuli, rey de los hititas, pueblo que ocupaba la región central de Anatolia, actual Turquía⁶⁶. Aparte de la extradición, desde el siglo XVII las decisiones extranjeras son reconocidas y ejecutadas⁶⁷. Actualmente, casi todos los países del mundo, con raras excepciones, atribuyen valor jurídico a las decisiones extranjeras, sea para reconocerla y ejecutarla, sea para proporcionar nueva acción de conocimiento, desde que no violen el orden público interno⁶⁸. Los procedimientos para reconocer y ejecutar estas decisiones, o para entablar una nueva acción, varían de Estado para Estado, conforme sus derechos internos y los tratados firmados.

La cooperación internacional para la recuperación de activos, vía acción civil, es fundamentada directamente en los arts. 35, 43, 53.a y 54.1.c de la Convención de Mérida de 2003. En verdad, esta forma de recuperación está relacionada con materias civiles (responsabilidad civil y enriquecimiento sin causa). Sin embargo, sería inútil aplicar un tratado bilateral en materia civil que, al final, exigiría la contratación de abogados privados para recuperar los bienes en el Estado receptor, enflaqueciendo los propósitos de la Convención de Mérida de 2003.

Así, la cuestión que se plantea es: ¿el Estado víctima de la corrupción debe contratar

objetivo prioritario, ya que, como hemos señalado repetidamente, los mercados ilícitos manejados por las organizaciones criminales están constituidos, principalmente, por "cosas muebles" destinadas a ser transferidas de un país "productor" a uno "consumidor", a través del territorio de países "de tránsito". Una laguna o una discordancia en la legislación de uno o más de tales países determinaría "vacíos" en la acción de contraste con la imposibilidad de infiltrar grupos criminales y de seguir el desarrollo de los tráfico ilegales". VIGNA, Piero L., *Operaciones encubiertas y entregas controladas*, en JORGE, Guillermo (Coordinador). *El crimen organizado: desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Buenos Aires, 2005, p. 222.

⁶⁶ ARAS, Vladimir. *O papel da Autoridade Central nos Acordos de Cooperação Penal Internacional*. In: JUNIOR BALTAZAR, José Paulo; FLORES DE LIMA, Luciano (coord.). *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*, 1.ed. Porto Alegre: ed.Verbo Jurídica, 2010, p. 63-64.

⁶⁷ CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5ª ed., Ed. Forense: Rio de Janeiro, 1999, p. 550

⁶⁸ Ibídem, p. 551

abogados privados en el Estado receptor de los bienes para hacer valer su derecho? ¿Los órganos estatales del Estado receptor deben prestar la cooperación necesaria para repatriar los bienes? Para analizar este asunto, serán descritos resumidamente los instrumentos de la cooperación internacional, que pueden ser divididos en: 1) comisiones rogatorias, exhortos o cartas rogatorias; 2) reconocimiento (homologación) y ejecución de decisiones; 3) asistencia directa o auxilio directo, que será visto en el ítem 3.3.

Las comisiones rogatorias son utilizadas, en regla, para transmitir y pedir el cumplimiento de decisiones judiciales no firmes, en materia civil o penal, con vistas a la realización de actos procesales de mero trámite, como citaciones y notificaciones, o para la obtención de pruebas. En estos casos, no es necesaria la contratación de abogados en el Estado extranjero, puesto que los órganos estatales se incumben de cumplir las comisiones rogatorias.

Como regla general, no se admiten comisiones rogatorias para medidas de conservación o de ejecución (decisiones cautelares no firmes)⁶⁹. Sin embargo, los tratados específicos pueden prever estas medidas. En Brasil, el STJ permite comisiones rogatorias para las medidas ejecutivas, en materias civiles o penales, independientemente de la previsión expresa en tratados específicos, de modo que ellas son cumplidas por los órganos estatales brasileños, sin la necesidad de representación por abogado.⁷⁰

Entre algunos países de América del Sur, incluso Brasil, existe la posibilidad de reconocer y ejecutar decisiones civiles firmes por medio de cartas rogatorias, conforme previsto en el art. 19 de la Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa –Protocolo de las leñas de 1992. Como cualquier comisión rogatoria, la Autoridad Central encamina el pedido al STJ, para la concesión del exequátur, el cual envía la carta rogatoria directamente al Juez Federal de 1ª Instancia competente para su ejecución, sin la necesidad de contratación de abogados.⁷¹

Otra particularidad: algunos convenios regionales en América Latina prevén la transmisión y cumplimiento de comisiones rogatorias en procedimientos civiles o penales

⁶⁹ Art. 1.3 del Convenio sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, de 18/03/1970. Art. 3 de Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, de 30/09/1995.

⁷⁰ Art. 7º de la Resolución nº 9/2005 del STJ.

⁷¹ ARAUJO, Nadia de *et al.* *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça: Comentários à Resolução nº 9/2005*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 83.

directamente entre jueces de primera instancia de la zona fronteriza de los Estados Parte (incluso Brasil), dispensando el referido procedimiento en el STJ (art. 7º de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; art. 19 del Protocolo de Medidas Cautelares del Mercosur - Protocolo de Ouro Preto; y el art. 15 de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores).

Entre los miembros de la UE, en materia civil, tanto los embargos preventivos (cautelares no firmes), como las resoluciones firmes, no son transmitidas por comisiones rogatorias, pero pueden ser reconocidas y ejecutadas, de modo que la parte interesada debe pedir directamente al Tribunal extranjero, representada por abogado (arts. 33, 38 y 47 del Reglamento nº 44/2001). Martín argumenta que, aunque no haya regla expresa en España sobre la representación por abogados para el reconocimiento de decisiones en el Reglamento nº 44/2001, “lo lógico es que se presente una demanda en la que constarán las firmas de un abogado y de un procurador”.⁷²

El embargo o el decomiso sin condena penal, aunque sea una decisión civil, debe ser una excepción al Reglamento nº 44/2001, con fundamento en la Convención de Mérida de 2003, que permite la cooperación internacional entre los Estados Parte con base en tales decisiones civiles. A propósito, en cuanto a la cooperación entre miembros de la UE para el embargo y el decomiso basado en condena penal, las autoridades judiciales competentes de los Estados pueden comunicarse directamente (se denomina principio del contacto directo⁷³), sin pasar por la Autoridad Central⁷⁴, según el art. 5 de la Ley 18/2006 y el art. 6 de la Ley 04/2010 (Leyes españolas). Al final, el decomiso del producto de la corrupción, basado en

⁷² MARTÍN, Antonio Javier Pérez. Tratado de Derecho de Familia, t. 3, 2ª ed., Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 1.135.

⁷³ En informe de la Comisión Europea, comentando el art. 4 de la DM 2006/783/JAI, define que “la resolución de decomiso puede transmitirse, junto con un certificado, a las autoridades competentes del Estado miembro en el que la persona física o jurídica contra la que se haya dictado la resolución de decomiso de una suma de dinero tenga bienes o ingresos. En el caso de que la resolución de decomiso se refiera a bienes concretos, ésta podrá transmitirse a la autoridad competente del Estado miembro en el que se encuentren esos bienes. Este artículo consagra el principio de contacto directo entre las autoridades competentes. Cuando la autoridad carezca de competencia para reconocer la resolución de decomiso, la transmitirá de oficio a la autoridad competente.” (INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO, Bruselas, 23.8.2010, COM(2010) 428 final).

⁷⁴ “La transmisión directa entre autoridades judiciales, que la Unión Europea pretende constituir en uno de los principios básicos del espacio judicial europeo, permite una comunicación sin intermediarios y rápida. (...) Esta transmisión directa de las resoluciones entre autoridades judiciales viene ya reconocida en el Convenio de asistencia judicial en materia penal de 29 de mayo de 2000, en cuyo art. 6...” PACHO, Jesús María Bamentos *et al* (Director). *La nueva ley para la eficacia en la unión europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales*. CGPJ. Estudios de Derecho Judicial, p. 194 y 238.

condena penal, no deja de tratar de materia civil, ya que en el fondo son analizados responsabilidades civiles y enriquecimiento sin causa.

La tendencia mundial, en observancia a los principios de la tutela efectiva y de la celeridad procesal, es que no haya más intermediarios en la ejecución de decisiones extranjeras⁷⁵, de modo que tales decisiones sean encaminadas directamente para la autoridad que ejecutará la medida⁷⁶, preferentemente por la vía electrónica, con certificados y firmas digitales (mucho más seguro, económico y rápido que el envío de papeles), así como sean reconocidas automáticamente, como si fuesen decisiones nacionales, sin someterlas al procedimiento del exequátur⁷⁷.

3.2 FORMAS DE RECUPERACIÓN Y DESTINOS DE LOS BIENES EN LA CONVENCIÓN DE MÉRIDA DE 2003

La Convención de Mérida de 2003, en su art. 51, como disposición general sobre la recuperación de activos, determina que “la restitución de activos con arreglo al presente capítulo es un principio fundamental de la presente Convención y los Estados Parte se prestarán la más amplia cooperación y asistencia entre sí a este respecto”.

Los artículos 35, 53, 54 y 55 de la referida Convención facultan a los Estados diversas formas de recuperar el producto de la corrupción en el Estado receptor de los bienes, que pueden ser sintetizadas en: 1) reconocimiento y ejecución de decisiones del Estado víctima, civiles o penales, para el embargo o el decomiso en el Estado receptor; 2) actuación directa del Estado víctima en el Estado receptor para entablar una acción civil o actuar como “parte

⁷⁵ “Así, se puede prever un sistema de comunicación directa entre autoridades judiciales para remitir las solicitudes de asistencia y devolver el resultado de las actuaciones practicadas en el Estado requerido: la exclusión de las autoridades centrales juega un papel importante a la hora de dotar de agilidad al sistema. Además, gracias al contacto directo entre autoridades judiciales no resulta ya tan *visible* que se trata de una situación de asistencia entre Estados, sino más bien de cooperación entre jueces de Estados distintos.” INCHAUSTI, Fernando Gascón. *El decomiso transfonterizo de bienes*. Madrid: Ed. Colex, 2007, p. 47

⁷⁶ “Interesante observar que, en la mayoría de los países desarrollados, la competencia para reconocer sentencias extranjeras es atribuida a los jueces de 1ª instancia (Alemania, Francia, Canadá, Suiza, Italia, entre otros)” –traducción del autor. TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 195.

⁷⁷ LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio direto: novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil*. Belo Horizonte: Forum, 2010, pág 84.

civil” o “asistente de acusación” en un proceso penal, generalmente por blanqueo de capitales, con vistas al embargo o al decomiso (recuperación directa); 3) el Estado receptor, por medio de sus autoridades, enjuicia en nombre propio acciones civiles o penales, principalmente por blanqueo de capitales, pero a fin de embargar o decomisar bienes a favor del Estado víctima (estas acciones pueden estar basadas en pruebas o decisiones entregadas por el Estado víctima⁷⁸).

Lo más importante de todas estas formas de recuperación es que los bienes sean restituidos⁷⁹ a los Estados víctimas o a otras víctimas de la corrupción, es decir, a los legítimos propietarios anteriores⁸⁰, fijándose una indemnización para las víctimas, reglas básicas previstas en el art. 57.3 de la Convención de Mérida de 2003. La restitución para los legítimos propietarios se refiere a las víctimas de la apropiación de sus bienes, y la indemnización no se basa en el legítimo propietario, puesto que el Estado puede ser víctima de la corrupción sin que sus bienes hayan sido apropiados, como el soborno, y aún así debe ser indemnizado, entendimiento este defendido por la guía legislativa de UNODC:

En algunas ocasiones la solicitud de recuperar la propiedad anterior de unos bienes es muy sólida, por ejemplo, en los casos de malversación o peculado de fondos públicos. En otros casos, tal vez se solicite una indemnización más que una restitución de la propiedad.

(...)

Por ejemplo, si un funcionario superior roba fondos del banco nacional o desvía beneficios de empresas estatales o de ingresos fiscales a una cuenta bancaria privada controlada por él, puede deducirse que se ha apoderado de fondos pertenecientes al Estado.

Por otra parte, tal vez un Estado parte requirente no pueda determinar la propiedad

⁷⁸ Según UNODC, “Los Estados parte podrán optar por establecer procedimientos ya sea para reconocer y ejecutar una orden extranjera de embargo preventivo o incautación o para utilizar una orden de esa índole como base para procurar que sus propios tribunales dicten una de esas órdenes.” (...) “De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 7 del artículo 55, la cooperación se podrá denegar o se podrán levantar las medidas cautelares si el Estado parte requerido no recibe pruebas suficientes u oportunas o si los bienes son de escaso valor. En una nota interpretativa se consigna el entendimiento de que el Estado parte requerido consultará al Estado parte requirente sobre si el valor de los bienes es de minimis o sobre formas de respetar los plazos para la presentación de pruebas suplementarias (A/58/422/Add.1, párrafo 65).” UNODC. *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. 2ª edición revisada. Naciones Unidas: Nueva York, 2012, p. 229 y 232.

⁷⁹ De acuerdo con UNODC, “en una nota interpretativa se indica que en algunos casos la restitución de los bienes decomisados podrá significar la restitución de títulos o valores (A/58/422/Add.1, párrafo 67)”. *Ibidem*, p. 239.

⁸⁰ “En una nota interpretativa se indica que por legítima propiedad anterior se entenderá la propiedad en el momento en que el delito fue cometido (A/58/422/Add.1, párrafo 66).” *Ibidem*.

anterior de un bien o demostrar que es la única parte afectada en algunos delitos de corrupción. El producto de algunos delitos como el soborno y la extorsión supone un daño penal causado al Estado, pero ese producto no son fondos a los que el Estado tenga o haya tenido derecho. En consecuencia, una reclamación de ese tipo de producto del delito sería más bien de naturaleza indemnizatoria y no se basaría en una propiedad anterior de los bienes.⁸¹

La Convención de Mérida de 2003 es innovadora en este campo, pues en las Convenciones anteriores “predominaba la idea de que el producto del delito era propiedad exclusiva del Estado Parte que lo hubiera decomisado”⁸², que podría ser o no el Estado víctima de la corrupción. En compensación, los párrafos 4 y 5 del art. 57 de esta Convención determina que el Estado receptor de los bienes “podrá deducir los gastos razonables”⁸³ efectuados para recuperar el producto de la corrupción, así como permite la celebración de acuerdos en los casos concretos para el reparto de los bienes.⁸⁴

Otra innovación de relieve corresponde a la posibilidad de repatriar los bienes al Estado víctima antes del tránsito en juzgado de una acción penal o civil, pues el Estado receptor puede renunciar al requisito de la sentencia firme para repatriar los bienes, con fundamento en el art. 57.3, apartados a) y b), principalmente cuando hay pruebas muy convincentes de la práctica de la corrupción, como hizo el Tribunal suizo en el caso del ex presidente de Perú Fujimori⁸⁵. En esta situación, la repatriación no impide que el acusado pruebe el origen lícito de los bienes, de modo que los valores deben continuar congelados por lo menos hasta una sentencia firme.

⁸¹ Ibídem, p. 237 y 240

⁸² Ibídem, p. 241, que menciona: “el párrafo 1 del artículo 14 de la Convención contra la Delincuencia Organizada, en el que la restitución u otras formas de disposición quedan a discreción del Estado parte”.

⁸³ “En una nota interpretativa se indica que por “gastos razonables” se entenderán los costos y gastos en que se incurra y no los honorarios de intermediarios u otros cargos no especificados. Se alienta a los Estados parte requeridos y requirentes a que se consulten respecto de los gastos probables (A/58/422/Add.1, párrafo 70).” Ibídem

⁸⁴ “Un ejemplo que incluye un decomiso de activos NCB es un acuerdo entre los Estados Unidos, Suiza y Kazajstán después de una acción contra US\$84.000 millones en una cuenta bancaria en Suiza. (...) El acuerdo estableció tres programas: Proyectos para beneficiar a niños pobres, administrado por la Bota Foundation, una organización no gubernamental de buena reputación, supervisada por el Banco Mundial. Un programa gubernamental a cinco años de Kazajstán para mejorar su administración financiera pública. Implementación de un plan de acción integral para la transparencia en las industrias del petróleo, gas y minería en Kazajstán, que formó parte de la Extractive Industry Transparency Initiative, una iniciativa a la que el Banco Mundial asistía para su implementación.” (GREENBERG, Theodore S., *et al. Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Banco Mundial y UNODC, 2009, pág 114)

⁸⁵ JORGE, Guillermo *et al. Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires, 2008, p. 237.

3.3 COOPERACIÓN DIRECTA

Aparte de las comisiones rogatorias y del reconocimiento de decisiones, cumple destacar que la producción de pruebas, el embargo de bienes o el decomiso pueden ser efectuados directamente por el Estado receptor de los bienes, en nombre propio y a favor del Estado víctima de la corrupción, sin que haya una decisión extranjera que deba ser reconocida y ejecutada. Lo que hay es un pedido del Estado víctima de la corrupción, o una cooperación espontánea, para que tales medidas sean desarrolladas en el Estado receptor.

Esta cooperación es llamada de asistencia legal directa, o auxilio directo en Brasil (art. 7º de la resolución nº 9 del STJ⁸⁶), y es reconocida y autorizada, en materia de embargo y decomiso, por diversas normas comunitarias e internacionales, valiendo destacar el Convenio de Estrasburgo de 1990⁸⁷, el Convenio de Varsovia de 2005⁸⁸, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (en adelante, la Convención de Viena)⁸⁹, la Convención de Palermo⁹⁰, y con mayor relevancia para este

⁸⁶ “Art. 7º - As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios. Parágrafo único. Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto.”

⁸⁷ Artículo 13. Obligación de confiscar:

1. Cualquier Parte que haya recibido de otra Parte una solicitud de confiscación relativa a instrumentos o productos de un delito situados en su territorio deberá:

a. mandar ejecutar una resolución de confiscación emitida por un tribunal de la Parte solicitante en relación con dichos instrumentos o productos de un delito; o

b. remitir la solicitud a sus autoridades competentes a fin de obtener una resolución de confiscación y, una vez obtenida, ejecutarla.

2. A los fines de la aplicación del apartado 1 del presente artículo, cualquier Parte será, siempre que sea necesario, competente para iniciar un procedimiento de confiscación de acuerdo con su derecho interno.

⁸⁸ Artículo 23. Obligación de decomisar:

1. Toda Parte que haya recibido una solicitud hecha por otra Parte para que se decomisen instrumentos o productos situados en su territorio:

a. dará ejecución a una orden de comiso dictada por un tribunal de una Parte requirente en relación con dichos instrumentos o productos; o

b. presentará la solicitud a sus autoridades competentes con el fin de obtener una orden de comiso y, de concederse ésta, darle ejecución.

2. A los efectos de la aplicación del apartado 1.b) del presente artículo, toda Parte tendrá competencia, cuando sea necesario, para iniciar un procedimiento de comiso con arreglo a su propia legislación.

⁸⁹ 4.a) Al recibirse una solicitud formulada con arreglo al presente artículo por otra Parte que sea competente respecto de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3, la Parte en cuyo territorio se encuentren el producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros de los elementos a que se refiere el párrafo 1 del presente artículo:

trabajo la Convención de Mérida (arts. 54.1, apartados b y c, y 55.1.a). Además, los tratados bilaterales también pueden prever el auxilio directo (en inglés: *direct mutual legal assistance*).

Como observado, el auxilio directo es más abordado en normas penales, pero puede ser utilizado en acciones civiles, como la propia Convención de Mérida de 2003 dispone para la recuperación de activos. Asimismo, en el ámbito civil, como unos de los primeros ejemplos de auxilio directo, se mencionan la Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero, hecha en Nueva York, el 20 de junio de 1956, y el Convenio sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, hecho en Haya, el 25 de octubre de 1980, que permiten al Estado requerido enjuiciar directamente acciones nacionales, en los juzgados de primera instancia, a favor de personas domiciliadas en Estados extranjeros, el primero para cobrar alimentos, el segundo para propiciar el retorno de niños ilícitamente transferidos o retirados de determinado Estado.⁹¹

El auxilio directo es una forma de no seguir los procedimientos tradicionales de exequátur y homologación de sentencia extranjera, justamente porque no hay decisión a ser ejecutada, de modo que las instituciones estatales competentes (como la Autoridad Central, la Policía, el Ministerio Público o la Abogacía del Estado) deben producir pruebas o enjuiciar una acción para lograr una decisión cautelar o de condena en el Estado receptor de los bienes, de acuerdo con su derecho interno.

Por supuesto, el Estado víctima también debe cooperar para entregar al Estado receptor todas las pruebas relacionadas al hecho corrupto⁹². En este contexto, el Estado

i) Presentará la solicitud a sus autoridades competentes con el fin de obtener un mandamiento de decomiso al que, en caso de concederse, dará cumplimiento”.

⁹⁰ 1. Los Estados Parte que reciban una solicitud de otro Estado Parte que tenga jurisdicción para conocer de un delito comprendido en la presente Convención con miras al decomiso del producto del delito, los bienes, el equipo u otros instrumentos mencionados en el párrafo 1 del artículo 12 de la presente Convención que se encuentren en su territorio deberán, en la mayor medida en que lo permita su ordenamiento jurídico interno:

a) Remitir la solicitud a sus autoridades competentes para obtener una orden de decomiso a la que, en caso de concederse, darán cumplimiento”.

⁹¹ ARAUJO, Nadia de *et al.* *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça: Comentários à Resolução nº 9/2005*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, págs. 95-6.

⁹² “Authorities in the jurisdiction harmed by corruption may ask the foreign authorities to open their own case. This may be accomplished by filing a complaint or, even more simply, by sharing incriminating evidence and a case file with authorities of the foreign jurisdiction. In all cases, the foreign authorities ultimately have the discretion to pursue or ignore the case. If authorities pursue it, the jurisdiction harmed by the offenses will need to cooperate with the foreign authorities to ensure they have the necessary evidence.” BRUN Jean-Pierre *et al.*, *Asset Recovery Handbook: a guide for practitioners*, BANCO MUNDIAL Y UNODC, 2011, p. 13.

receptor tiene dos opciones vía auxilio directo: 1) ingresar con un acción penal por blanqueo de capitales con base en el delito previo practicado en el exterior, y facultar la intervención del Estado víctima en este proceso para la restitución de los daños (ver ítem 3.13); 2) ingresar con una acción civil “ex delicto” a favor del Estado víctima (ver capítulo 5).

Como ejemplo de auxilio directo, si no hay la necesidad de providencias judiciales, la Autoridad Central o la autoridad policial del Estado receptor pueden cumplir el pedido de cooperación internacional. Al contrario, si hay la necesidad de prestación jurisdiccional, el Ministerio Público (materia penal) o la Abogacía del Estado (otras materias) pueden solicitar la medida judicial directamente al juez competente para analizarla y, si deferida, determinar su cumplimiento.⁹³

El auxilio directo también sería viable con la promesa de reciprocidad, aunque no haya ningún convenio bilateral o multilateral⁹⁴. Al final, el auxilio directo para el decomiso es benéfico tanto para el Estado víctima como para el Estado receptor; primero por recuperar bienes ilícitos, que perjudican la economía legal; segundo por reducir sobremanera la mezcla de diferentes ordenamientos jurídicos y lenguas en el proceso (gran obstáculo en la cooperación internacional)⁹⁵; y tercero por posibilitar, dependiendo de los convenios específicos, el reparto de los bienes recuperados.

Para la prestación del auxilio directo, el Estado receptor debe tener una estructura de órganos estatales para promover la acción y acompañarla hasta el final, exigiendo el trabajo comprometido de órganos como la Autoridad Central, Ministerio Público, Abogacía del Estado, Poder Judicial, Policía, entre otros. En razón de esta estructura, se suele exigir la reciprocidad, en ausencia de convenio, con la posibilidad del pago de todos los gastos derivados de la ejecución de la medida⁹⁶, así como acuerdos en casos concretos para

⁹³ Observaciones extraídas de los artículos 45 y 46 del Proyecto de Ley del Senado brasileño nº 326 de 2007, sobre la cooperación jurídica internacional, actualmente en la “Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa” para análisis.

⁹⁴ Ver: Ministério da Justiça. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*. 2. ed., Brasília, 2012, p. 79

⁹⁵ LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio direto: novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil*. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 107

⁹⁶ Art. 57.4 de la Convención de Mérida: “Cuando proceda, a menos que los Estados Parte decidan otra cosa, el Estado Parte requerido podrá deducir los gastos razonables que haya efectuado en el curso de las investigaciones o actuaciones judiciales que hayan posibilitado la restitución o disposición de los bienes decomisados conforme a lo dispuesto en el presente artículo.”. Art. 11.1 del Convenio entre Brasil y España en materia penal: “1. La Parte requerida asumirá los gastos que se ocasionen con motivo de la ejecución de la

compartir los bienes⁹⁷.

Los objetos del auxilio directo pueden ser: 1) comunicación de actos procesales y transmisión de documentos; 2) producción de pruebas; 3) medidas provisionales o urgentes; 4) acciones de cognición⁹⁸. Es decir, cualquier caso en que no sea necesario el reconocimiento de decisión extranjera, se puede utilizar el auxilio directo, bien para intentar una acción de cognición, como una cautelar –independientemente de la acción principal tramitar en el exterior–, bien para lograr una cooperación administrativa, cuando no hay la necesidad de decisión judicial, como localizar el domicilio del deudor o la existencia de bienes registrados en bancos de datos públicos.

De esta forma, en razón de la inexistencia de procedimientos de reconocimiento de decisión extranjera, el auxilio directo, en general, puede ser más rápido y efectivo que reconocer y ejecutar una decisión⁹⁹, primordialmente para el embargo preventivo o para la producción de prueba. En cambio, el reconocimiento de decisiones extranjeras proporciona la ejecución de la decisión, sin rediscutir todo el mérito de la demanda, sino más aspectos formales, lo que puede ser más útil para las resoluciones firmes de decomiso. Ya en el auxilio directo, se analiza todo el mérito de la demanda, de manera que está susceptible a todos los recursos para lograrse un título ejecutivo judicial.

De cualquier modo, los casos concretos nortearán la mejor forma para la recuperación de activos, especialmente con la comunicación previa e informal entre las autoridades responsables de los Estados víctima y receptor, para intercambio de informaciones sobre las legislaciones internas y posibilidades jurídicas, a la luz de la celeridad, eficacia y del debido

solicitud”

⁹⁷ Art. 57.5 de la Convención de Mérida de 2003: “Cuando proceda, los Estados parte podrán también dar consideración especial a la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos mutuamente aceptables, sobre la base de cada caso particular, con miras a la disposición definitiva de los bienes decomisados”.

⁹⁸ LOULA, Maria Rosa Guimarões, *Auxílio direto: novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil*, Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 118.

⁹⁹ “Asistencia mutua legal directa: en los últimos años, la tendencia ha sido desarrollar una asistencia mutua legal más directa para acelerar el proceso y reducir las formalidades diplomáticas. Existen diversos mecanismos por los cuales puede obtenerse asistencia directa: - dos países pueden establecer un tratado bilateral de asistencia mutua legal que disponga una cooperación más efectiva entre ellos; - algunos acuerdos internacionales establecen formas específicas de asistencia mutua legal entre grupos de países; estos acuerdos son regionales, como en la Unión Europea o en el Commonwealth, o específicos respecto de ciertos delitos, como la Convención de Viena (1988) relativa a los delitos de estupefacientes; –algunos países han adoptado legislación interna que les permite proveer asistencia mutua legal con mayor facilidad.” HOFMEYER, Willie. *Navegando entre la asistencia mutua legal y los sistemas de decomiso*. En JORGE, Guillermo *et al.* *Recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 203.

proceso legal.

En resumen, si no hay decisión extranjera para ser reconocida y ejecutada, el Estado donde están los bienes ilícitos puede, instado por el Estado perjudicado o de oficio, instaurar una acción de condena o cautelar civil, excluyéndose, por razones obvias, las acciones ejecutivas.

3.4 MEDIDAS INICIALES Y AUTORIDADES ESPECIALIZADAS PARA LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

Teniendo en cuenta que el factor tiempo es importantísimo en la recuperación de activos, una de las primeras medidas fundamentales es descubrir los bienes en nombre del deudor, por medio del auxilio directo, para asegurar el embargo preventivo, con la anotación en los respectivos documentos de propiedad registrados en bancos de datos públicos, y así evitar la ocultación o la dilapidación de estos bienes.

El domicilio de personas y la existencia de bienes, por lo menos en Brasil, pueden ser consultados con claves específicas en *websites* que almacenan, de forma integrada, datos sobre bienes y la dirección del deudor, excepto datos bancarios, telefónicos, fiscales y búsquedas y aprensiones de cosas, que exigen una autorización judicial para lograr estos datos (art. 5º, X, XI y XII de la Constitución brasileña).

De esta forma, la propia Autoridad Central brasileña puede responder con cierta rapidez la Autoridad Central extranjera sobre los datos no sigilosos, incluso sobre eventual uso de interpuesta persona, mediante programas avanzados de análisis de vínculos (parientes, empresas y socios vinculados). Conviene resaltar que la Autoridad Central brasileña está amparada por un avanzado laboratorio contra el lavado de dinero, llamado LAB-LD, que usa la tecnología para descubrir fraudes y bienes a través del análisis inteligente e integrado de informaciones.

En estos casos, es recomendable, incluso, la comunicación electrónica, vía internet, entre tales autoridades centrales, con la posibilidad de certificados y firmas digitales, a fin de ahorrar tiempo y velar por la seguridad de las informaciones, las cuales son más susceptibles de vaciamiento con el vetusto uso de papeles.

Vale mencionar que la informalidad en la cooperación internacional, principalmente en las actividades de inteligencia para producción de pruebas, es algo importantísimo para asegurar la celeridad y la eficacia en el tema de decomiso, pero no suele juntarse los informes de inteligencia en los procesos judiciales, para evitar la invalidez de la prueba obtenida informalmente¹⁰⁰. De esta forma, el informe de inteligencia muestra los caminos para buscar las pruebas por los canales formales.¹⁰¹

El intercambio de informaciones entre Estados de la UE para la recuperación de activos está planteada en la DM 2007/845/JAI del Consejo, que obliga a los Estados miembros a crear o designar organismos nacionales de recuperación de activos (denominados ARO), a fin de:

(...) facilitar el seguimiento y la identificación de los productos de actividades delictivas y otros bienes relacionados con el delito que puedan ser objeto de una orden de embargo preventivo, incautación o decomiso dictada por una autoridad judicial competente en el curso de un proceso penal, o, en la medida que lo permita el Derecho nacional del Estado miembro afectado, de un proceso civil (art. 1º de la referida DM).

Según el informe de la Comisión Europea de 12/04/2011 –COM (2011) 176 final– sobre la DM 2007/845/JAI, casi todos los Estados de la UE ya designaron los ARO, que “se han establecido principalmente en los servicios policiales. Los restantes se dividen casi por igual entre los ARO judiciales y los ARO dotados de una estructura multidisciplinaria.”¹⁰² En el caso de España, se “designó dos ARO: el Centro de Inteligencia contra el Crimen

¹⁰⁰ “In general, common law jurisdictions will not permit the results of informal assistance to be used as evidence in court. Civil law jurisdictions, on the other hand, may permit the judge to consider information gathered through informal assistance. Chile and Switzerland, for example, will permit the admission of such evidence.” BRUN Jean-Pierre et al, *Asset Recovery Handbook: a guide for practitioners*, Banco Mundial y UNODC, 2011, p. 128.

¹⁰¹ “(...) the better method is a step-by-step process in which information or evidence obtained pursuant to one request is used to support the next (follow-up) request. For example, it may be possible through informal assistance to obtain bank account details that will help provide the necessary foundation and background information for an MLA request to seize bank documents.” *Ibíd*em, p. 129.

¹⁰² Según la Comisión de las Comunidades Europeas, “los ORA deberían tener una estructura multidisciplinaria que reúna especialistas de los servicios policiales, judiciales, fiscales, sociales y aduaneros, así como de otros servicios pertinentes. Estos especialistas deberían poder ejercer sus competencias habituales y comunicar la información en el seno de estos organismos sin estar ligados por el secreto profesional.” Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, Productos de la delincuencia organizada, Garantizar que el delito no resulte provechoso, Bruselas, 20/11/2008 COM(2008) 766 final.

Organizado (CICO) y la Fiscalía Especial Antidrogas del Ministerio de Justicia.”

Se percibe, por lo tanto, que los ARO no son totalmente especializados en la recuperación de activos, acumulando otras funciones, en perjuicio del principio de la especialidad, así que el referido Informe registra la falta de funcionarios, recursos y organización para tal actuación, que debería incluir estadísticas sobre bienes embargados y recuperados, además de la administración de los bienes incautados (ventas anticipadas, manutención, fiscalización, etc.). Consta en el Informe, también, que “la mayoría de los ARO carecen de acceso (directo o indirecto) a todas las bases de datos pertinentes que les permitirían realizar sus tareas de manera más efectiva”, principalmente el acceso a los datos bancarios.¹⁰³

Se observa, además, que los ARO se comunican por correo electrónico o fax, pero, a pesar de la velocidad de las informaciones, se protesta por la ausencia de la seguridad de los datos sigilosos, debido a la falta de protección informática (criptografía). Para contornar este problema, el Informe describe que “la Oficina de Activos de Origen Delictivo de Europol propuso explorar la posibilidad de utilizar el sistema de la red SIENA de Europol¹⁰⁴ a efectos de intercambio bilateral de información entre los ARO”.

Al respecto, lo ideal sería una gran base de datos centralizada, basada en un acuerdo multilateral “paraguas” que facilitara el intercambio de informaciones de forma generalizada, con el análisis simultáneo e inteligente de informaciones sobre deudores o testafierros en diversas bases de datos integradas (inmuebles, vehículos, cuentas bancarias, empresas, relaciones de parentesco, etc.), dispensando improductivas investigaciones puntuales¹⁰⁵. Desde que haya la seguridad de las informaciones, con identificación de las personas que accedan a la base de datos para fines de servicio, no habría que discutirse sobre datos secretos,

¹⁰³ El informe registra que “los ARO consideran que el acceso a la información financiera (particularmente a la información sobre las cuentas bancarias) constituye el reto más importante al que se enfrentan”.

¹⁰⁴ Aún de acuerdo con el Informe, “la Red de Intercambio Seguro de Información (SIENA) es una herramienta de comunicación de nueva generación diseñada para permitir un intercambio rápido, seguro y de fácil utilización de información e inteligencia operativas y estratégicas relacionadas con la delincuencia entre los Estados miembros, Europol y las terceras Partes con las que Europol tiene un Acuerdo de Cooperación.”

¹⁰⁵ La Comisión de las Comunidades Europeas registra como una de las diez prioridades estratégicas que “la Comisión y los Estados miembros deberían estudiar la forma de poner a disposición de los organismos de recuperación de activos de otros Estados miembros y de terceros países la información necesaria para identificar y seguir la pista de los activos de origen delictivo en su territorio, a ser posible creando registros centralizados.” (la negrita es nuestra). Comunicación de la Comisión Europea, Productos de la delincuencia... (op. cit.), de 20/11/2008 COM(2008) 766 final

pues habría solamente una transferencia del secreto para las autoridades de los ORA¹⁰⁶. Así, se evitarían pequeños acuerdos sobre específicas bases de datos, cuyo proceso es lento y poco fructífero, lo que desestimula su celebración.

Con relación a la economía procesal y al aprovechamiento de los actos procesales, sería defendible, aún, que se hiciera un pedido formal de cooperación internacional para localización de bienes, y caso algún bien fuera localizado, que las autoridades competentes providenciara las medidas necesarias para el embargo con vistas al decomiso, evitándose la pérdida de tiempo con transmisión de informaciones y pedidos, en momentos distintos, entre autoridades centrales y otros órganos involucrados. La cooperación internacional clama por medidas rápidas, desburocratizadas, y tecnológicas, para al menos aproximarse un poco a la agilidad con que actúan las organizaciones criminosas.

3.5 OPERACIONES DE PESCA *VERSUS* AMPLIA COOPERACIÓN

No obstante la necesidad de celeridad y eficacia en la recuperación de activos, no se admiten “operaciones de pesca”¹⁰⁷, en el sentido de pedidos genéricos de localización de bienes y embargos preventivos en diversos Estados, sin cualquier indicio de que el deudor tenga bienes en aquellos Estados y de la práctica corrupta. Debe haber inicio razonable de prueba con respecto al hecho corrupto y a la existencia de bienes en determinado Estado, como el domicilio del deudor en el Estado requerido, viajes frecuentes para el mismo Estado, transferencias bancarias, etc.

Sin embargo, las llamadas “operaciones de pesca” no pueden servir como pretexto para negar informaciones¹⁰⁸. Así, datos sensibles, como los datos bancarios, deben ser

¹⁰⁶ La Comisión Europea menciona que las autoridades de los ORA “deberían poder ejercer sus competencias habituales y comunicar la información en el seno de estos organismos sin estar ligados por el secreto profesional.” *Ibidem*.

¹⁰⁷ “Las operaciones de pesca fueron definidas en la jurisprudencia del Reino Unido como “investigaciones errantes que tienden a dilucidar información que podría llevar a la obtención de evidencia” y en Suiza como “solicitudes de evidencia generales y poco específicas” (STESSENS, Guy, *Money Laundering. A new international law enforcement model*, Cambridge University Press, Londres, 2000, p. 337-8, *apud* JORGE, Guillermo *et al. Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 357)

¹⁰⁸ “Desde la entrada en vigencia de la UNCAC – Convención de Mérida -, este concepto limitado de “operaciones de pesca” será difícil de armonizar con los términos del artículo 55”. (JORGE, Guillermo *et al. Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 246)

transmitidos mediante pruebas mínimamente razonables, que relacionen el hecho corrupto con las cuentas bancarias¹⁰⁹, dentro de las posibilidades fácticas del Estado víctima, que puede depender de informaciones del Estado receptor exactamente para probar algunos hechos corruptos. Además, datos registrados en bancos de datos públicos, como, en regla, empresas, inmuebles y vehículos, deben ser transmitidos con mucha más facilidad, pues no hay invasión en la privacidad o intimidad de la persona, justificativa usual para denegar el levantamiento de los secretos bancarios.¹¹⁰

El hecho es que es creciente la exigencia de que los Estados presten “la más amplia cooperación y asistencia entre sí” para la recuperación de activos originados de la corrupción¹¹¹, de modo que ya es insustentable, en tales casos, la negativa de cooperación con fundamento en el secreto bancario¹¹².

Según el principio *favor comissionis*, o *pro solitudine*, las solicitudes de cooperación deben seguir las siguientes reglas: 1) interpretación favorable al Estado requirente (es decir, a favor de la cooperación internacional); 2) cumplimiento con celeridad y eficacia; 3) la denegación a la solicitud necesita ser justificada y comunicada al Estado requirente lo más rápido posible; 4) la inviabilidad del cumplimiento integral no impide el cumplimiento parcial.¹¹³

3.6 PRODUCCIÓN DE PRUEBAS Y EMBARGOS *INAUDITA ALTERA PARTE*

Para el éxito del decomiso, es de suma importancia resaltar que los actos antecedentes, como la localización de bienes, búsqueda y aprehensión de cosas, rompimiento de secretos y

¹⁰⁹ Estados Unidos tienen reglas rigurosas para fornecer informaciones sobre datos bancarios, exigiendo explicaciones minuciosas sobre los hechos y todos los datos de la cuenta bancaria (Artículo del periódico Folha de São Paulo: *EUA se negam a abrir contas e criticam PF*. Disponible en <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1506200327.htm>, consultado en 26/01/13)

¹¹⁰ Art. 29.a de la Convención de Mérida: “El Estado Parte requerido facilitará al Estado Parte requirente una copia de los documentos oficiales y otros documentos o datos que obren en su poder y a los que, conforme a su derecho interno, tenga acceso el público en general;”

¹¹¹ Arts. 46 y 51 de la Convención de Mérida de 2003.

¹¹² Arts. 5.3 y 7.5 de la Convención de Viena; art. 18.8 de la Convención de Palermo; Arts. 31.7, 40 y 46.8 de la Convención de Mérida.

¹¹³ WEBER, Patrícia Núñez. *A cooperação jurídica internacional em medidas processuais penais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 84.

embargos preventivos, deben ser efectuados *inaudita altera parte*, pues la intimación previa de la parte contraria puede resultar en la ineficacia de la cooperación internacional¹¹⁴, frente a la probable intención del deudor de desvirtuar o influir en la producción de pruebas, asimismo ocultar o transferir bienes¹¹⁵. En esta hipótesis, habrá un contradictorio diferido, después de la aplicación de la medida, lo que es admitido por la normativa internacional y por innumerables legislaciones nacionales, sin violación a los principios procesales.

El embargo preventivo sin avisar a la parte contraria es recomendado por la UNODC, en la guía técnica de la Convención de Mérida de 2003, incluso desde el inicio de las investigaciones, de acuerdo con la siguiente recomendación:

Las autoridades competentes deben estar facultadas para adoptar medidas provisionales desde el inicio mismo de la investigación. Para ser eficaces, las medidas de embargo preventivo, incautación o decomiso deben tomarse a instancia de una parte y sin previo preaviso.¹¹⁶

Con respecto a la celeridad de las cooperaciones internacionales, el art. 46.24 de la Convención de Mérida de 2003 prevé que:

(...) el Estado parte requerido cumplirá la solicitud de asistencia judicial recíproca lo antes posible y tendrá plenamente en cuenta, en la medida de sus posibilidades,

¹¹⁴ El art. 8º, párrafo único, de la Resolución nº 09/2005 del STJ, preconiza que “a medida solicitada por carta rogatória poderá ser realizada sem ouvir a parte interessada quando sua intimação prévia puder resultar na ineficácia da cooperação internacional”. En parecer del Ministerio Público Federal brasileño, se afirmó que “No âmbito interno parece impensável cogitar de contraditório prévio em medidas cautelares ou preparatórias de quebra dos sigilos bancário e telefônico, de busca e apreensão, de bloqueio de bens e ativos, etc. Portanto, na cooperação judiciária internacional, não há razão plausível para adotar procedimento diverso, sob pena de inviabilizar o cumprimento das diligências solicitadas pela autoridade estrangeira. (Ministerio Público Federal. *A questão do contraditório prévio na cooperação jurídica internacional em matéria penal*. Disponible en http://ascji.pgr.mpf.gov.br/informes-e-documentos/documentos/docs_documentos/contraditorio_previo.pdf. Consultado en 27/01/2013)

¹¹⁵ While notice is an important due process requirement to follow once the freezing orders are in place, it is not generally required to obtain evidence or the freezing order in the first place – some countries refer to this as an ex parte order – and, in fact, all OECD countries permit ex parte orders in domestic cases.) This is mainly because such orders are intrinsically temporary, contain sufficient safeguards to protect the rights of the asset holder, and do not permanently prejudice the rights of the asset holder. OCDE y Banco Mundial. *Tracking Anti-Corruption and Asset Recovery Commitments*, 2011, p. 39.

¹¹⁶ UNODC. *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Nueva York, 2010, p. 221.

los plazos que sugiera el Estado parte requirente y que estén debidamente fundamentados, de preferencia en la solicitud.

En este aspecto, el art. 5.3 de la DM 2003/577/JAI del Consejo define que, siempre que sea viable, el embargo preventivo o aseguramiento de pruebas debe ser decidido dentro de **24 horas** del recibimiento de la solicitud, conforme se observa abajo:

(...) las autoridades judiciales competentes del Estado de ejecución deberán decidir y comunicar la decisión sobre una resolución de embargo preventivo o de aseguramiento de bienes lo antes posible y, siempre que sea viable, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la recepción de dicha resolución.

No obstante, se debe comprobar el *fumus boni juris*, referente a los indicios del hecho corrupto, aunque no sean tan robustos para una condenación penal. Demostrados los indicios, la celeridad exigida para el embargo preventivo o el aseguramiento de pruebas revela que el contradictorio previo resultará en la ineficacia de la medida, sin apartar la notificación posterior de todos los afectados para facultarles la interposición de recurso, conforme determina el art. 16 de la DM 2003/577/JAI. En el mismo sentido, el art. 8.2 de la Propuesta de Directiva de 12/03/2012 formula que todas las resoluciones de embargo preventivo de bienes “se comuniquen al interesado tan pronto como sea posible después de su ejecución”.

La justificada preocupación con el rápido embargo preventivo es tanta que la mencionada propuesta determina, en su art. 7º, que el embargo preventivo puede ser realizado por una autoridad administrativa (para evitar la ocultación o transferencia del bien), que debe ser confirmado lo cuanto antes por la autoridad judicial, *in verbis*:

(...) las autoridades competentes procedan al embargo preventivo inmediato de aquellos bienes respecto de los que exista un alto riesgo de que desaparezcan, sean ocultados o transferidos antes de que recaiga la resolución judicial. Dichas medidas deberán ser ratificadas por un órgano jurisdiccional lo antes posible.

3.7 PRINCIPIO DE LA ESPECIALIDAD

Con relación a la utilización de las pruebas producidas, cabe mencionar que es frecuente la previsión en los acuerdos internacionales de que la solicitud de pruebas o

embargos para otros Estados deban ser utilizados únicamente para las finalidades que motivaron el pedido, es decir, no se puede emplearlos como pruebas prestadas en otros procesos o investigaciones, de acuerdo con el *principio de la especialidad*, a menos que el Estado requerido autorice el uso para otro propósito.¹¹⁷

En la práctica de la cooperación internacional, uno de los motivos del principio de la especialidad es cohibir la utilización distorsionada de estas pruebas en procesos fiscales, en los cuales muchos países recusan cooperar, especialmente los paraísos fiscales, por involucrar el tolerado “gray money” (“dinero gris”, el no declarado a las autoridades fiscales)¹¹⁸, en contraposición al “black money” (“dinero negro”, el proveniente de crímenes no fiscales, como la corrupción), situación en la cual se suele cooperar.¹¹⁹

Pese a que no haya previsión de sanción por el incumplimiento del principio de la especialidad, podrá haber problemas diplomáticos por esa transgresión, sobre todo en los futuros pedidos de cooperación, que podrán ser analizados con más rigor por el Estado requerido. Además, las pruebas utilizadas para finalidades distintas del pedido original pueden ser consideradas inválidas por las autoridades judiciales del propio Estado requirente, ya que contrarias a las normas internacionales sobre el tema.

3.8 COOPERACIÓN ESPONTÁNEA E INFORMAL

Como mencionamos en el primer capítulo, la cooperación internacional no es una cortesía, sino una obligación, que se convierte en más evidente cuando se trata de bienes provenientes de la corrupción, transferidos del Estado víctima para el Estado receptor, el cual

¹¹⁷ Ejemplo: Art. 46.19 de la Convención de Mérida: “El Estado Parte requirente no transmitirá ni utilizará, sin previo consentimiento del Estado Parte requerido, la información o las pruebas proporcionadas por el Estado Parte requerido para investigaciones, procesos o actuaciones judiciales distintos de los indicados en la solicitud; Art. 10.1.a. del Convenio entre Brasil y España en materia de lucha contra la delincuencia, hecho en Madrid, el 25 de junio de 2007: “la Parte requirente podrá utilizar los datos únicamente para el fin y según las condiciones determinadas por la Parte requerida”. Véase también: art. 32 de la Convención de Estrasburgo de 1990; art. 12 del Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales del Mercosur, de 25/06/1996.

¹¹⁸ No obstante, el art. 46.2, de la Convención de Mérida, el art. 18.22 de la Convención de Palermo, y el art. 7 de la DM 2003/577/JAI determinan que no se puede denegar la asistencia internacional por cuestiones fiscales.

¹¹⁹ WEBER, Patrícia Núñez. *A cooperação jurídica internacional em medidas processuais penais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, págs. 90/91. MADRUGA, Antenor. *Localização e Repatriamento de Bens no Exterior*. Seminário cooperação judiciária internacional. São Paulo: AJUFE e ANPR, 2001, p. 90.

tiene el deber de investigar espontáneamente el origen de estos bienes, para informar al Estado víctima sobre las pruebas encontradas y las eventuales medidas preventivas efectuadas, de forma directa e incluso informal¹²⁰. Posteriormente, se puede ajustar formalmente el enjuiciamiento del embargo preventivo, acción por blanqueo de capitales, o una acción civil *ex delicto*.

Esta cooperación espontánea, en el plan internacional, es sacada de los arts. 46.4¹²¹ y 56¹²² de la Convención de Mérida. En el mismo sentido, la recomendación 40 de 2012 del GAFI estimula la cooperación rápida, eficaz y espontánea¹²³, referida también por el GAFI en la nota interpretativa de la recomendación 29.¹²⁴ En el ámbito europeo, así orienta el art. 10 de la Convención de Estrasburgo de 1990.¹²⁵

Al menos la investigación nacional por blanqueo de capitales es una obligación insuperable, pues meros indicios, revelados por transferencias internacionales sospechosas, exigen que las autoridades policiales averigüen el origen de los bienes, bajo pena de responder penalmente por la injustificada omisión. Se resalta que los indicios para la abertura de una

¹²⁰ “Para que la cooperación espontánea sea realmente eficaz, las UIF, los organismos policiales, el Ministerio Público y el Poder Judicial deberían informar a las autoridades extranjeras en forma directa e incluso mediante vías informales.” JORGE, Guillermo *et al.* *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires, 2008, p. 178.

¹²¹ Art. 46.4. “Sin menoscabo del derecho interno, las autoridades competentes de un Estado Parte podrán, sin que se les solicite previamente, transmitir información relativa a cuestiones penales a una autoridad competente de otro Estado Parte si creen que esa información podría ayudar a la autoridad a emprender o concluir con éxito indagaciones y procesos penales o podría dar lugar a una petición formulada por este último Estado Parte con arreglo a la presente Convención.”

¹²² Art. 56: “Sin perjuicio de lo dispuesto en su derecho interno, cada Estado Parte procurará adoptar medidas que le faculen para remitir a otro Estado Parte que no la haya solicitado, sin perjuicio de sus propias investigaciones o actuaciones judiciales, información sobre el producto de delitos tipificados con arreglo a la presente Convención si considera que la divulgación de esa información puede ayudar al Estado Parte destinatario a poner en marcha o llevar a cabo sus investigaciones o actuaciones judiciales, o que la información así facilitada podría dar lugar a que ese Estado Parte presentara una solicitud con arreglo al presente capítulo de la Convención.”

¹²³ Recomendación 40 del GAFI: “Los países deben asegurar que sus autoridades competentes puedan, rápida, constructiva y eficazmente, prestar el mayor rango de cooperación internacional con relación al lavado de activos, delitos determinantes asociados y el financiamiento del terrorismo. Los países deben hacerlo espontáneamente y siguiendo una solicitud, y debe existir una base legal para prestar la cooperación.”

¹²⁴ “Divulgación espontánea: la UIF debe ser capaz de divulgar información y los resultados de sus análisis a las autoridades competentes cuando hubiera motivos para sospechar de lavado de activos, delitos determinantes y financiamiento del terrorismo.”

¹²⁵ “Sin perjuicio de sus propias investigaciones o procedimiento, una Parte podrá, sin que medie solicitud previa, dar a otra Parte información sobre instrumentos y productos, cuando considere que el conocimiento de dicha información podría servir al Estado que la recibe para iniciar o llevar a cabo una investigación o un procedimiento o que podría dar pie a una solicitud por parte de dicho Estado en virtud del presente capítulo.”

investigación por blanqueo de capitales son mucho menos rigurosos que los indicios necesarios para iniciar la pertinente acción penal¹²⁶, fortaleciendo la obligación de investigar en tales casos. Por consecuencia, las informaciones obtenidas en las referidas investigaciones deben ser repasadas al Estado víctima de la corrupción, el cual, por su vez, también debe repasar las informaciones sobre el delito previo (es una autentica cooperación recíproca), a menos que el intercambio de informaciones pueda complicar el curso de las investigaciones, caso en que la cooperación puede ser diferida.¹²⁷

De acuerdo con el especialista Guillermo Jorge, la cooperación espontánea es:

(...) de inmensa utilidad en el ámbito de la recuperación de activos porque permite que los países receptores de activos ilícitos puedan informar de ello a los países víctima, los cuales en muchas ocasiones carecen de los elementos de convicción suficientes como para iniciar una investigación o un proceso que les permita solicitar la asistencia de otras jurisdicciones.¹²⁸

En documento del GAFI sobre mejores prácticas de decomiso, de octubre de 2012, con relación a las recomendaciones 4 y 38, estimula los intercambios informales de información incluso antes del pedido de cooperación internacional, fomentando una cultura de reciprocidad.¹²⁹

En cuanto a los motivos que propician la cooperación espontánea, se pueden aludir denuncias anónimas, divulgaciones en la prensa (principalmente los casos más relevantes), reportes nacionales sobre transacciones sospechosas por los sujetos obligados, informaciones

¹²⁶ El doctrinador brasileño Marco Antonio Barros, al tratar de los indicios sobre el delito previo del blanqueo de capitales, menciona que “não se deve confundir a falta de justa causa para o oferecimento da denúncia com a falta de justa causa para se dar prosseguimento ao inquérito policial, que foi instaurado com a finalidade de investigar fatos e recolher indícios suficientes para a posterior propositura da ação penal. Somente em circunstâncias demasiadamente excepcionais é que se deve trancar o inquérito policial.” BARROS, Marco Antonio. *Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2012, p. 201

¹²⁷ Art. 46.25 de la Convención de Mérida: “La asistencia judicial recíproca podrá ser diferida por el Estado Parte requerido si perturba investigaciones, procesos o actuaciones judiciales en curso”. Igualmente, el Art. 18.25 de la Convención de Palermo.

¹²⁸ JORGE, Guillermo *et al.* Recuperación de activos de la corrupción en Argentina: recomendaciones de política institucional y agenda legislativa. 2009, p. 50

¹²⁹ GAFI. *Best Practices on confiscation (recommendations 4 and 38) and a framework for ongoing work on asset recovery*. Octubre de 2012.

intercambiadas por teléfono entre autoridades, etc.¹³⁰ Esta cooperación espontánea puede ser administrativa, como búsqueda de bienes y algunos datos de cuentas bancarias por las Unidades de Inteligencia Financiera (en adelante UIF), o judicial, como embargos preventivos o levantamientos de secretos que exigen autorización judicial.

Como modelo de cooperación espontánea, si por un lado Suiza ha sido mencionada como país destinatario de blanqueo de capitales¹³¹, por otro ha sido aludida con distinción por la doctrina especializada en tal tema, destacándose, en primer lugar, el art. 76.a de la Ley Federal Suiza sobre Asistencia Mutua Internacional en Materia Penal, que establece: “una autoridad de persecución penal puede transmitir espontáneamente a una autoridad de persecución penal extranjera información o evidencia que ha recolectado en el transcurso de su propia investigación cuando determine que ello permitirá la apertura de un procedimiento penal o facilitará una investigación penal en curso”. Y esta cooperación no depende de un Memorando de Entendimiento con el otro Estado¹³².

Además, en Suiza, “cualquier reporte de operación sospechosa implica el congelamiento automático de los bienes involucrados en el reporte por un plazo de cinco días hábiles dentro del cual el magistrado interviniente debe decidir si hay méritos para iniciar una investigación y mantener la medida cautelar” (Art. 10 de la Ley Federal Suiza sobre Asistencia Mutua Internacional en Materia Penal).¹³³

En la práctica, se describe como caso de éxito la cooperación espontánea de Suiza con Perú, en el “caso Fujimori”, por lo cual, en septiembre de 2000, videos transmitidos en la televisión mostraron a Vladimiro Montesinos, jefe del servicio de inteligencia de Perú, durante la presidencia de Alberto Fujimori, sobornando a un congresista electo. Suiza utilizó

¹³⁰ “Foreign authorities may open a case independent of request from the jurisdiction harmed by corruption. Foreign authorities may receive information linking a corrupt official to their jurisdiction—whether through a newspaper article, a suspicious transaction report (STR), or a request for informal assistance or MLA—and decide to investigate money laundering or foreign bribery activities undertaken within their national territory.” BRUN, Jean-Pierre *et al.* *Asset Recovery Handbook: a guide for practitioners*. Banco Mundial y UNODC, 2011, p. 13.

¹³¹ “De los cerca de 5.000 millones de dólares que se han restituido a escala mundial en los últimos quince años, más de un tercio (1.700 millones de dólares) provenían de Suiza.” Título del noticiero: *Bloqueo de fondos: ¿Suiza, un país modelo?* Disponible en la dirección electrónica http://www.swissinfo.ch/spa/noticias/politica_suiza/Bloqueo_de_fondos:_Suiza,_un_pais_modelo.html?cid=33556950. Consultado en 07/02/2012.

¹³² JORGE, Guillermo *et al.* *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 236 y 365.

¹³³ Ibidem, p. 366.

la cooperación espontánea con Perú para alertarlo de la presencia de fondos embargados en Suiza, e invitó a Perú a presentar una solicitud de asistencia judicial. El fiscal peruano entró en contacto con el juez suizo investigador, por teléfono y personalmente, para montar la mejor estrategia para la recuperación, y decidió practicar actos con miras al decomiso en Perú, para después reconocerlos en Suiza. Como resultado, fueron repatriados US\$ 93 millones en dos años, y hay más, todavía, para repatriar.¹³⁴

En este caso, se atribuye elevada importancia a las cooperaciones informales previas entre Perú y Suiza, por revelar cuál sería la mejor forma para recuperar los activos, intercambiar informaciones y agilizar el procedimiento. Estas cooperaciones informales son descritas como recomendaciones esenciales en libro del Banco Mundial y UNODC, de la siguiente forma: *Encourage, Pursue, and Maintain all Methods of Informal Assistance before Initiation of a Formal MLA Request (First Step, Talk to Colleagues)*.¹³⁵

En otra situación, Suiza cooperó espontáneamente con Brasil en uno de los mayores casos de corrupción brasileños, referente al dinero desviado del Gobierno brasileño en la construcción del edificio de la Justicia del Trabajo en São Paulo, actualizado totalmente en diciembre de 2012, de aproximadamente US\$ 500 millones.

Según la decisión del Tribunal Penal Federal Suizo (RR n° 2007.131), a causa de la publicación de varios artículos en la prensa brasileña en el inicio de 1999, el Fiscal General del Cantón de Ginebra instauró una averiguación previa sobre el delito de blanqueo de capitales relacionados a los referidos hechos corruptos. En seguida, ordenó, el 4 de mayo de 1999, la producción de documentos bancarios correspondientes a dos cuentas, así como la congelación de los activos depositados en estas cuentas (aproximadamente US\$ 7 millones).

El 21 de febrero de 2000, Brasil encaminó a Suiza la comisión rogatoria dictada por el Juez de la Primera Instancia Federal de São Paulo, para embargar los valores depositados en las mencionadas cuentas y para repatriar a Brasil estos valores. En sede de recurso, fue decidido que solamente después de la decisión penal definitiva cabría la repatriación. Así, Brasil contrató abogados privados para su actuación directa, como « parte civil », en el

¹³⁴ BRUN Jean-Pierre *et al.* *Asset Recovery Handbook: a guide for practitioners*. Banco Mundial y UNODC, 2011, p. 124

¹³⁵ STEPHENSON, Kevin M. *et al.* *Barriers to Asset Recovery*. Banco Mundial y UNODC, 2011, p. 9.

proceso de lavado de dinero en Suiza.

En consecuencia, antes de la decisión penal definitiva en Brasil, se logró la repatriación de US\$ 7 millones. Más que eso, el Tribunal Suizo, a mediados de 2012, condenó al reo a devolver a Brasil más US\$ 2.153.628,00, en razón de valores transferidos que no fueron embargados¹³⁶. Nunca, en la historia brasileña, se reconoció y se ejecutó una decisión extranjera para beneficiar al propio país.¹³⁷

3.9 ECONOMÍA PROCESAL: AUXILIO DIRECTO FUNDAMENTADO EN DECISIÓN EXTRANJERA

Pese a que en el auxilio directo no se ejecutan decisiones, es posible que ya haya en el Estado requirente una decisión de embargo o decomiso, o para producción de pruebas, que puede ser utilizada como una prueba más para el auxilio directo, juntamente con las otras pruebas que basaron tal decisión. ¿Y por qué, en este caso, no ejecutar la decisión extranjera?

Hay muchas situaciones en las que eso puede ocurrir, dependiendo del caso concreto. Puede ser que sea más rápido enjuiciar una acción civil de cognición que recorrer los largos caminos burocráticos de la cooperación tradicional, principalmente brasileña, o tener que esperar, por ejemplo, la resolución firme de condenación en un proceso penal suspenso por tiempo indefinido en el Estado requirente. Además, puede ser que la decisión extranjera no sea ejecutable en el Estado requerido, por ser incompatible con sus derechos fundamentales.

Con relación a las decisiones cautelares, como embargos preventivos y producción de pruebas (levantamiento de secretos bancarios y fiscales, aprehensiones de cosas, etc.), reconocer y ejecutar una decisión cautelar tiene el mismo efecto inmediato que enjuiciar una

¹³⁶ Noticia en el website de la “Advocacia-Geral da União”: *AGU recupera US\$ 7 milhões bloqueados em conta do ex-juiz Nicolau na Suíça*. Disponible en http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=207909&id_site=3. Consultado en 08/02/13.

¹³⁷ A título de curiosidad, en este caso, Brasil ya ha recuperado aproximadamente US\$ 60 millones hasta abril de 2013, dinero que ya entró en las cuentas bancarias del Gobierno Federal, representando una de las mayores recuperaciones de activos de la historia brasileña. Uno de los deudores solidarios, después de la actuación incisiva de la “Advocacia-Geral da União”, resolvió firmar un acuerdo para pagar parte del restante de la deuda en 96 meses, con parcelas mensuales alrededor de US\$ 2,1 millones. Noticia en el website de la AGU: *Advocacia-Geral fecha acordo com Grupo OK para ressarcir quase R\$ 500 milhões desviados dos cofres públicos*. Disponible en http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=205939&id_site=3. Consultado en 12/02/13.

nueva acción en el Estado requerido, puesto que son medidas urgentes, que se implementan con la concesión de liminar, como la aprehensión y envío al Estado requirente de la copia de un *hard disk*¹³⁸. En estos casos, consonante el procedimiento de exequátur del Estado requerido, puede ser mejor utilizar el auxilio directo.

Se vuelve a enfatizar la importancia de mantener un contacto previo e informal con las autoridades competentes del Estado requerido, a fin de examinar cuál sería la forma más efectiva para la recuperación de activos: reconocimiento de decisiones o auxilio directo. Seguro que, en Brasil, por lo menos en medidas cautelares, será más eficaz enjuiciar una nueva acción en vez de buscar su reconocimiento en el STJ (la práctica forense así indica), aunque este pueda conceder decisiones *inaudita altera partes*.

De esta forma, no obstante el Estado víctima ya haya logrado una decisión para ejecución en otro país, después del análisis informal del sistema de cooperación internacional del Estado requerido y del respectivo tratado bilateral, el Estado requirente puede optar por no reconocer la decisión ya proferida y buscar el enjuiciamiento de una nueva acción en el Estado requerido, por medio de abogados particulares u órganos públicos. En esta situación, el Estado requerido no puede exigir el trámite de reconocimiento de decisión extranjera, ya que el Estado requirente optó por el auxilio directo con base en tratados multilaterales o bilaterales relacionados al combate a la corrupción. Lo máximo que se puede hacer es utilizar la decisión extranjera como una evidencia más en la nueva acción (auxilio directo). En este aspecto, oportuno transcribir la siguiente enseñanza española:

La práctica jurisprudencial española permite entender que queda a disposición de los interesados decidir en qué momento solicitan la cooperación de las autoridades españolas para que los efectos de la sentencia extranjera que les afecta se extiendan al ordenamiento español, y si desean tal reconocimiento o prefieren obtener un nuevo pronunciamiento de los tribunales españoles, obviando la resolución extranjera.¹³⁹

¹³⁸ La Procuraduría rusa solicitó al Ministerio Público Federal brasileño instruir investigación criminal en Rusia, copia de un *hard disk* aprehendido en Brasil en otro procedimiento penal. El Fiscal brasileño solicitó a juez federal de primera instancia, con fundamento en las Convenciones de Palermo y de Mérida, el envío de la copia del *hard disk*, lo que fue deferido. El acusado ingresó con una reclamación en el STJ, afirmando que no hubo el exequátur del STJ, el cual rechazó su argumentación bajo la alegación de que no sería necesario el exequátur con base en el auxilio directo, autorizado por las mencionadas convenciones internacionales. (STJ reclamación n° 2.645 - 2007/0254916-5 – juzgado de 18/11/2009)

¹³⁹ MOZOS, Patricia Orejudo Prieto de los. *Tratamiento procesal del reconocimiento de resoluciones extranjeras en la práctica de las autoridades españolas*. Revista Electrónica de Estudios Internacionales. Dialnet, 2006, p. 7-8.

Sobre esta cuestión, hay básicamente dos sistemas sobre el reconocimiento de decisión extranjera. En el primer sistema, más frecuente en Estados de la tradición *common law*, si no hay acuerdo bilateral, no se reconoce o tampoco se ejecutan decisiones extranjeras, pero estas son utilizadas como una evidencia más para instaurar una nueva acción, a veces incluso con la inversión de la carga de la prueba¹⁴⁰, sin apartar la rediscusión del fondo de la demanda, para así lograr una nueva decisión que pueda ser ejecutada.¹⁴¹ Y en el segundo sistema, predominante en los países del sistema *civil law*, no se discute todo el mérito de la causa, pero se analiza la observancia de derechos fundamentales básicos (procesales y materiales), para entonces reconocer y ejecutar la decisión extranjera. Luego, el auxilio directo con fundamento en decisión extranjera se aproximaría al primer sistema.

Es oportuno destacar que, en Brasil, pueden ser reconocidas, para ejecución, decisiones extranjeras no judiciales, pero que, por las leyes nacionales, tengan naturaleza de decisión judicial (art. 4º, § 1º, de la Resolución nº 9 del STJ). Ejemplificando, si determinada decisión es tomada por un Fiscal (que es considerado autoridad judicial para la cooperación internacional en algunos Estados, como Italia¹⁴² y España¹⁴³), y esta decisión, en Brasil, es de competencia de un Juez, entonces puede ser reconocida por el STJ y ejecutada por el Juez Federal de primera instancia, sin quitar la alternativa de que nueva acción y decisión sea

¹⁴⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 16ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2012, pp. 53-54.

¹⁴¹ “En los países de tradición continental, es frecuente que el Estado requerido se conciba a sí mismo como una extensión del Estado requirente que ejecuta sus órdenes o sentencias. En la tradición anglosajona, cualquier restricción de derechos (y la del derecho de propiedad en particular) debe ser una decisión adoptada por sus propios tribunales, de modo que, en general, la evidencia obtenida por el país requirente es utilizada para iniciar procedimientos domésticos.” (JORGE, Guillermo *et al.* *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires, 2008, p. XXV)

¹⁴² El Supremo Tribunal Federal brasileño entiende que el Ministerio Público italiano tiene legitimad para expedir comisión rogatoria, bajo el argumento de que “na Itália, o Ministério Público integra o sistema judiciário – artigos 107, 108 e 112, todos inseridos no título denominado “A Magistratura” (Parte II, Título IV, da Constituição italiana) (STF - HC 87759, Primeira Turma, juzgado en 13/12/2011).

¹⁴³ “Jueces y fiscales comparten la condición de autoridad judicial cuando actúan en el ámbito o en materia de cooperación internacional. En efecto, en la declaración contenida en el Instrumento de Ratificación de 14 de julio de 1982 del Convenio europeo de asistencia judicial en materia penal, hecho en Estrasburgo el 20 de abril de 1959, en relación con el art. 24 del mismo, se declara expresamente que «A los efectos del presente Convenio serán consideradas como autoridades judiciales:», junto a «Los Jueces y Tribunales de la jurisdicción ordinaria», «los miembros del Ministerio Fiscal».” FERNANDEZ, Francisco Jiménez-Villarejo. *Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos*. Revista de Derecho Penal, p. 111. Disponible en http://www.reformapenal.es/wp-content/uploads/2012/01/ Penal34_NovLegislativas.pdf, consultado en 15/12/2012.

lograda directamente en el Estado requerido, a través del auxilio directo, conforme la opción del Estado requirente.

Con el mismo sentido, se añade que, en materia de embargo y de aseguramiento de pruebas en la UE, de acuerdo con el art. 2.a de la DM 2003/577/JAI, las resoluciones deben ser dictadas por autoridades judiciales para fines de reconocimiento y ejecución, conforme definir el derecho interno del Estado requirente. De esta manera, los Estados europeos conceptúan las autoridades judiciales de forma muy diversa, incluyendo autoridades administrativas, fiscales y policiales, competentes para emitir o ejecutar decisiones de embargo o de producción de pruebas¹⁴⁴. En razón de las diversas autoridades competentes y de la transmisión directa de decisiones entre autoridades de la UE, la comunicación previa e informal con algún punto de contacto es muy importante para dirigir el pedido al organismo público correcto.

No obstante el reconocimiento de decisiones no judiciales, en cuanto al secreto bancario, a pesar de la premisa básica de que no sea un derecho absoluto, sino relativo (sobre todo en casos de corrupción), si su levantamiento es decidido por autoridad que no sea un juez, esta decisión no puede ser reconocida en Brasil, por involucrar garantías constitucionales referentes a la intimidad y a la vida privada (art. 5º, X, de la Constitución brasileña), de modo que solamente una decisión dictada por un juez puede romper el mencionado secreto¹⁴⁵, siguiendo el derecho interno brasileño. Luego, en esta hipótesis, el

¹⁴⁴ “El resultado de la falta de concreción del termino autoridad judicial en la Decisión Marco y de la libertad de los Estados para su designación es que en algunos de estos Estados se atribuye a autoridades puramente policiales la competencia para emitir o ejecutar estas medidas. Por ejemplo, en Dinamarca son competentes para la ejecución de las órdenes de embargo adoptadas por un Juez español, los jefes de la Policía Local. En Chipre es la unidad para combatir el blanqueo, una unidad de naturaleza más bien administrativa y algo similar se espera que ocurra con el Reino Unido cuando finalice el proceso de transposición de esta norma. El resto de los Estados que han implementado la Decisión Marco, incluso Francia, señalan como autoridades competentes para emitir o ejecutar este tipo de medidas a los Fiscales, junto a los Jueces de instrucción en aquellos países en los que existe esta figura.” PACHO, Jesús María Bamentos *et al* (Director). *La nueva ley...* (op. cit.). Estudios de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 190-1.

¹⁴⁵ La jurisprudencia brasileña no acepta que el Ministerio Fiscal, la Administración Tributaria o el Tribunal de Cuentas levanten el secreto bancario, sólo el juez (respectivamente: STJ, HC 160.646/SP, juzgado de 01/09/2011, STF, RE 389.808/PR, Tribunal Pleno, juzgado de 15/12/2010; y STF, MS 22.934/DF, Tribunal Pleno, juzgado de 17/12/2007). En Brasil, hay una preocupación exagerada con el secreto bancario, como si fuera un derecho sagrado. Por eso, hay responsabilidad penal por su indebido rompimiento (art. 10 de la Ley Complementar 105 de 10/01/2001). Sobre el tema, “el derecho a la confidencialidad de los clientes se ha convertido en estas jurisdicciones en valor sacrosanto con la consecuencia de constituirse en delito cualquier ruptura de este secreto por parte de las entidades o sus empleados.” DOMÍNGUEZ, Fernando Rosado. *El blanqueo de dinero. Deficiencias en zonas internacionales de riesgo*. In: AGUADO, Javier Zaragoza (Director). *Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales*. Madrid: CGPJ, 2000, p. 163. En algunos Estados, la violación al secreto bancario es crimen; en otros, hay solamente responsabilización civil (Belgium y

auxilio directo es la única forma de atender el pedido extranjero para tal levantamiento de secreto, mediante nueva acción en el juzgado federal de primera instancia, entablada por el Ministerio Público (materia penal) o por la Abogacía del Estado (otras materias).¹⁴⁶

En otros países, como España, pueden acceder a datos bancarios, sin autorización judicial, el Ministerio Fiscal, la Administración Tributaria, la Unidad de Inteligencia Financiera, las Comisiones Parlamentarias, el Tribunal de Cuentas y hasta autoridades policiales, en los casos descritos por la ley¹⁴⁷. La convención de Estrasburgo de 1990 prevé que las legislaciones nacionales pueden “exigir que toda solicitud de cooperación que implique la suspensión del secreto bancario sea autorizada por un juez o por otra autoridad judicial, incluidos los fiscales, actuando cualquiera de estas autoridades en relación con delitos penales.” Se deduce, así, que la referida Convención admite que fiscales, autoridades administrativas y policiales levanten el secreto bancario, conforme el concepto adoptado de autoridad judicial.

Sobre decisiones de decomiso de bienes extraterritoriales, aunque la Convención de Mérida exija que el Estado requerido debe “dar efecto a toda orden de decomiso dictada por un tribunal de otro Estado Parte”, en la práctica, algunos Estados requeridos no reconocen ciertos tipos de decomiso, como decomisos administrativos.¹⁴⁸ La solución sería, entonces, enjuiciar nueva acción en el Estado requerido (auxilio directo), aprovechándose la decisión del Estado requirente como prueba.

En resumen, caso no se considere viable o recomendable el reconocimiento de alguna

Netherlands) – STESENS, Guy. *op. cit.*, p. 316.

¹⁴⁶ La procuraduría de la República Checa solicitó el levantamiento del secreto bancario a Brasil. El STJ decidió que no podría reconocer este pedido, pues faltaba orden judicial. Así, encaminó los autos al Ministerio Público Federal para cumplimiento del pedido por el auxilio directo en primera instancia (CARTA ROGATÓRIA N° 4.841 - CZ (2010/0061624-9) – decisión publicada en 08/09/2010)

¹⁴⁷ Véanse: arts. 29 de la Ley 10/2010, 43 de la Ley 10/2010 (policía), artículos 773.2 LECrim, 4 y 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, las sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 1607/2005, de 26 de diciembre y 986/2006, de 19 de junio (Ministerio Fiscal), la RD Ley 5/1994, de 29 de abril (Comisión Parlamentaria), arts. 3 y 13 de la Ley 19/1988 (Tribunal de Cuentas). Informaciones extraídas de: CANOVAS, Alejandro Luzon. *Delincuencia económica y cooperación institucional*. Madrid: Editorial Civitas, 2010.

¹⁴⁸ Con relación a los obstáculos en el reconocimiento de los tipos de decomiso, Guillermo Jorge describe: “estas situaciones probablemente surjan no sólo con respecto al alcance del concepto de producto del delito –por ejemplo, el alcance que se le dé a los fondos entremezclados, producto secundario y producto indirecto– sino también con respecto a los tipos de decomiso y a la naturaleza de las decisiones adoptadas en el Estado requerido. Por ejemplo, un Estado que requiera que se ejecute una orden de decomiso administrativa emitida *in rem* a un Estado que no reconoce procedimientos de decomiso administrativos *in rem*” (JORGE, Guillermo *et al.* *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 188)

decisión extranjera (judicial o no judicial), esta decisión y las pruebas que la fundamentaron no pueden simplemente ser ignoradas, teniendo en cuenta los principios de la economía procesal, de la instrumentalidad de las formas y del aprovechamiento de los actos procesales. Recusar es fácil; es obligación del Estado requerido analizar, bajo el punto de vista patrio, si es posible ingresar con una nueva acción, de acuerdo con las normas nacionales, en homenaje a la tutela efectiva, principalmente en casos de corrupción, con fundamento en los tratados multilaterales y bilaterales, de los cuales muchos permiten el uso del auxilio directo.

En el famoso “caso Parmalat”, el Ministerio Público de Suiza requirió al análogo brasileño el embargo de bienes y declaración de testigos. El STJ entendió que no sería necesario conceder el exequátur para el embargo de bienes, pues no había decisión judicial a ser reconocida –así, el Ministerio Público podría ingresar con una acción para obtener el embargo (auxilio directo). En la misma decisión, el STJ, en homenaje a la economía procesal, concedió el exequátur en cuanto a las declaraciones de testigos que ya habían sido realizadas, encaminando las pruebas al Estado requirente.¹⁴⁹

Esta decisión es una demostración de que los pedidos de cooperación internacional, con asiento en la economía procesal, deben ser posibilitados por la forma más rápida y eficaz proporcionada por las normas nacionales e internacionales, siempre interpretando a favor de la cooperación. Incluso los pedidos hechos de una dicha forma pueden ser convertidos en otra

¹⁴⁹ AGRAVO REGIMENTAL. CARTA ROGATÓRIA. PEDIDO DE SEQUESTRO DE BEM. AUSÊNCIA DE DECISÃO PROFERIDA NA ORIGEM. JUÍZO MERAMENTE DELIBATÓRIO A SER EXERCIDO POR ESTA CORTE. ART. 7º DA RESOLUÇÃO N. 9/2005 DESTE TRIBUNAL. CUMPRIMENTO DO PEDIDO POR AUXÍLIO DIRETO. PRECEDENTES DESTA CORTE.

– Nos termos do decidido no julgamento do Agravo Regimental na Carta Rogatória n. 998/IT e da Reclamação n. 2645/SP, a realização de quebra de sigilo bancário ou de sequestro de bens por meio de carta rogatória depende de decisão proferida na Justiça estrangeira, a ser delibada por esta Corte.

– Ausente a decisão a ser submetida a juízo de delibação, como ocorre no caso dos autos, o cumprimento do pedido se dá por meio do auxílio direto, previsto no parágrafo único do art. 7º da Resolução n. 9/2005 deste Tribunal.

Agravo regimental improvido.

(AgRg na CR 3.162/CH, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/08/2010, DJe 06/09/2010)

“À vista do exposto, reconsidero a decisão de fls. 221-222 e determino a remessa dos autos ao Ministério da Justiça para o cumprimento do pedido de sequestro de bem por auxílio direto.

Por fim, enfatizando a aplicação do princípio da economia processual e tendo em vista que a oitiva de pessoas não atenta contra a ordem pública nem contra a soberania nacional, concedo o exequatur quanto ao ponto e considero cumprida a comissão no que se refere às oitivas solicitadas (fls. 198-206)”

CARTA ROGATÓRIA Nº 3.162 - CH (2008/0057033-2) RELATOR : MINISTRO PRESIDENTE DO STJ.

si la finalidad pretendida será alcanzada por otros medios más rápidos e igualmente legales, respetando los derechos fundamentales, como el debido proceso legal.

3.10 LEY APLICABLE PARA LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Sea para el auxilio directo, sea para el reconocimiento de decisiones extranjeras, la regla es que se aplica el derecho del Estado requerido (*lex loci o locus regit actum*)¹⁵⁰. Como excepción, con relación al reconocimiento de decisiones, para preservar la validez de las pruebas y de las decisiones en el Estado requirente, se admite que se observen algunas formalidades y procedimientos expresamente indicados por el Estado requirente, siempre que no sean contrarios a los derechos fundamentales del Estado requerido (*lex fori o forum regit actum*)¹⁵¹. Sin embargo, siempre se aplica el derecho del Estado requerido con relación a las medidas coercitivas¹⁵².

En la práctica, el principio del *locus regit actum*, basado en la soberanía, ofrece la ventaja de permitir que las autoridades del Estado requerido apliquen su propio derecho, al que están acostumbrados, proporcionando al reo las mismas garantías que él tendría si la acción fuese puramente nacional, sin preocuparse con las medidas desconocidas de un sistema legal extranjero, que es, en principio, no vinculante para ellos.¹⁵³

Por otro lado, con relación al principio *forum regit actum*, sería inútil solicitar una cooperación internacional que al final no podría ser validada, motivo por el cual algunas reglas del Estado requirente pueden ser observadas por el Estado requerido, si no hay violación al orden público.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Art. 55.4 de la Convención de Mérida; art. 7.1 del Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales del Mercosur; Art. 12.1 de la DM 2006/783/JAI; art. 5.1 de la DM 2003/577/JAI; art. 23 del Convenio entre Brasil y España en materia civil;

¹⁵¹ Art. 46.17 de la Convención de Mérida; art. 18.7 de la Convención de Palermo; Art. 7.12 de la Convención de Viena; art. 4 del Convenio de asistencia judicial en materia penal de 29/5/00; art. 5.1 de la DM 2003/577/JAI; art. 7.2 del Protocolo de Asistencia Jurídica Mutua en Asuntos Penales del Mercosur; art. 5.4 del Convenio entre Brasil y España en materia penal.

¹⁵² Es la determinación del art. 5.2 de la DM 2003/577/JAI. La doctrina también entiende de esta forma: “El principio *forum regit actum*, que se adhiere en los Estados Unidos, sólo se puede aplicar, sin embargo, si no se soliciten medidas coercitivas. El uso de medidas coercitivas siempre requiere la intervención de las autoridades locales de acuerdo con la legislación local aplicable” (STESSENS, Guy. Op. cit., p. 302. Traducción del autor)

¹⁵³ Ibidem, p. 302

¹⁵⁴ “En determinados ámbitos del proceso penal (especialmente en lo relativo a la obtención de pruebas y a la práctica de diligencias de investigación), si a la resolución dictada en el *forum* (en el Estado de origen) se le da

Por ejemplo, suponga que el Estado requirente exija que el testimonio, antes de ser indagado, jure decir la verdad con la mano derecha sobre la biblia, y el Estado requerido no disponga de esta regla. Así, para asegurar la validez de la prueba, nada impide la observancia de esta regla por ocasión de la producción de la prueba¹⁵⁵.

En otra situación (caso de corrupción “ICE-Alcatel”¹⁵⁶), el Poder Judicial de Costa Rica invalidó pruebas sobre datos bancarios obtenidos por el Ministerio Público costarricense directamente con el Ministerio Público panameño, pues no había ninguna decisión judicial que autorizase el levantamiento del secreto bancario, conforme determina el derecho interno de Costa Rica. Ocurre que, en Panamá, el Ministerio Público tiene el poder de acceder a datos bancarios, razón por la cual las pruebas fueron producidas legalmente, con fundamento en las reglas del Estado requerido. El Ministerio Público de Costa Rica recurrió con el argumento de que no habría como obligar otro Estado a seguir sus reglas internas. Aún así, el Tribunal mantuvo la invalididad de la prueba, alegando que la solución sería que el Estado requirente lograra previamente una decisión judicial para levantar el secreto bancario en el Estado de Panamá.¹⁵⁷

Con respeto a las posiciones contrarias, parece que el Ministerio Público de Costa Rica tiene la razón. Es una formalidad extremada invalidar valiosas pruebas bancarias, relacionadas

cumplimiento en el Estado requerido como si la hubiera dictado el tribunal requerido, se corre el riesgo de que se omitan ciertas formalidades o se realicen ciertas actuaciones que conduzcan a la invalidez de la actuación conforme a los parámetros del ordenamiento del Estado de origen: si *locus regit actum*, entonces es posible que lo actuado según la *lex loci* no sea aceptable según la *lex fori*, lo que convertiría en inútil toda la actividad de cooperación desplegada. Por ello, sería conveniente que, aun moviéndonos dentro de los esquemas del mutuo reconocimiento, se diera cabida a que el cumplimiento de la resolución en el Estado requerido se atenga, en lo que resulte necesario y no incompatible, a lo dispuesto por el ordenamiento del Estado de origen.”

¹⁵⁵ LOULA, Maria Rosa Guimarões. *Auxílio direto: novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil*. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 111

¹⁵⁶ “El juicio ICE-Alcatel de Costa Rica fue una investigación judicial que inició el 19 de abril del 2010 para esclarecer el supuesto mal manejo de 800 mil dólares de la firma de comunicaciones francesa Alcatel al entonces presidente de Costa Rica, Miguel Ángel Rodríguez Echeverría”, con otras personas involucradas. Inicialmente, “todos fueron declarados culpables por delitos de concusión, corrupción agravada y penalidad del corruptor derivadas de cohecho impropio, enriquecimiento ilícito, fraude de simulación, y favorecimiento real. (...) El pasado 22 de diciembre de 2012, el Tribunal de Apelaciones del II Circuito Judicial de San José, anuló las sentencias emitidas para este caso y absolvió a todos los imputados incluyendo al Ex Presidente Miguel Ángel Rodríguez. El fallo fue fundamentado en la falta de credibilidad de las pruebas presentadas por la fiscalía encargada del caso, la cual llevó más de dos años en investigación. Los imputados “ya se encuentran en libertad, después de haber estado más de un año en prisión.” Wikipedia: Juicio ICE-Alcatel. Disponible en http://es.wikipedia.org/wiki/Juicio_ICE-Alcatel. Consultado en 14/02/2013.

¹⁵⁷ GONZÁLEZ, Criss. Fiscal de Costa Rica. Conferencia proferida en Madrid, en 23/09/2011. Jornadas Iberoamericanas: Lucha contra la corrupción y cooperación jurídica internacional. Disponible en <http://www.youtube.com/watch?v=aq3wrdfUqvI>, a partir de 24:00 del video, consultado en 12/02/2012.

a hechos de corrupción y producidas en conformidad con el derecho del Estado requerido. ¿El Ministerio Público que levanta el secreto bancario, conforme su derecho interno, viola el orden público? Seguro que, bajo la óptica internacional, no hay ninguna violación a derechos fundamentales. Por lo contrario, cada vez más se exige la disminución de las barreras para romper tal secreto, desde que se preserve el sigilo.

El interesado en la prueba es el Estado requirente. No hay como obligar al Estado requerido a cumplir la solicitud de levantamiento del secreto bancario de una forma diferente de su derecho. Inclusive porque este cumplimiento diferente puede retrasar la cooperación, contrariamente a la exigencia de celeridad. Por lo tanto, no obstante sea recomendable que el Estado requerido siga las formalidades solicitadas por el Estado requirente (*forum regit actum*), si el estado requerido no las cumple, las pruebas bancarias deben ser aceptadas, pues producidas legalmente, conforme a su derecho interno (*locus regit actum*) y en consonancia con las normas internacionales sobre secreto bancario¹⁵⁸.

Como fue mencionado, algunos entienden el secreto bancario como un “valor sacrosanto”, pero en verdad hay **intereses económicos y/o políticos por detrás de tales rigurosas reglas**. Ya de modo explicito, Suiza entendía que se podría negar el levantamiento del secreto bancario si la medida pudiese causar perjuicios económicos al país (art. 10.2 de la Ley de Asistencia Mutua Suiza), lo que fue declarado inconstitucional por el Supremo Tribunal suizo, pues afectaría la reputación de Suiza como un país donde, debido al secreto bancario, los ingresos obtenidos ilegalmente podrían ser protegidos¹⁵⁹.

En la línea del entendimiento del Ministerio Público de Costa Rica, en el caso *Canada*

¹⁵⁸ Sobre la necesidad de autorización judicial en casos de cooperación internacional para levantar secretos bancarios, fiscales y telefónicos, parte de la doctrina brasileña entiende que se debe observar la ley del Estado requerido, debido a que el juez nacional no tiene jurisdicción sobre órganos, personas y bienes extranjeros. LIMA, Luciano Flores; ARAS, Vladimir. *Cooperação internacional direta pela polícia ou pelo Ministério Público*. In: JUNIOR, José Paulo Baltazar (organizador). *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, Págs. 152-3.

¹⁵⁹ “En algunos casos, hoy ya inexistentes, la ley interna permitía a las autoridades denegar la cooperación incluso cuando existiera una obligación internacional en contrario. Así, por ejemplo, el antiguo art. 10.2 de la Ley de Cooperación Internacional Suiza establecía: “La revelación de un secreto comercial en el sentido del art. 273 del Código Penal, o cualquier hecho sobre el cual un banco está usualmente obligado a guardar secreto, no puede ser permitida si existen motivos para temer que tal revelación afectará seriamente la economía suiza y si ello es inaceptable comparándolo con la importancia del delito”. Al declarar inconstitucional esta norma, el Tribunal Superior Federal suizo afirmó que “las leyes de cooperación internacional en materia penal y los acuerdos internacionales en estas materias deben contribuir a que Suiza pierda la reputación de ser un país en el cual el dinero obtenido ilícitamente encuentra refugio debido al secreto bancario”, Sentencia del 28 de noviembre de 1984”. JORGE, Guillermo *et al. Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 43.

(*Attorney General*) v. *Schreiber* [1998] 1 SCR 841, párrafo 23, la Corte Suprema de Canadá se recusó a aplicar previamente el estándar de pruebas canadiense para expedir comisión rogatoria de búsqueda y aprehensión de documentos bancarios del acusado en Suiza. Se entendió que, si una persona opta por llevar su dinero a determinado país, debe someterse a las reglas de aquel país sobre el levantamiento del secreto bancario, es decir, se respetó el derecho interno del Estado requerido, aunque distinto del Estado requirente¹⁶⁰.

En muchos sistemas jurídicos, el principio *locus regit actum* también determina la evaluación de la legalidad de la prueba obtenida en el exterior. Varios tribunales han aceptado que las pruebas producidas en el extranjero deberán cotejarse con la ley del país donde fue recolectada para establecer su legalidad. De conformidad con el principio *locus regit actum*, estos tribunales, por lo tanto, han preferido aplicar la ley extranjera, en lugar de aplicar sus propias leyes, para posibilitar la cooperación internacional¹⁶¹.

En conclusión, se percibe que el Estado requirente puede solicitar al Estado requerido la observancia de algunas formalidades o procedimientos para cumplir la cooperación internacional (*forum regit actum*). Es de buen grado que el Estado requerido acate estos pedidos, mediante una interpretación favorable a la cooperación, desde que no sean contrarios a sus principios fundamentales y sean factibles. Caso el Estado requerido entienda que no es viable el cumplimiento de las solicitudes, el Estado requirente debe aceptar las reglas del otro Estado (*locus regit actum*), desde que no sean trasgresoras de derechos fundamentales internacionales, a fin de posibilitar la cooperación.

3.11 FOROS CONCURRENTES PARA LA RECUPERACIÓN DE ACTIVOS

Son posibles procedimientos penales o civiles en el Estado víctima, así como procedimientos penales, civiles o la ejecución del embargo o del decomiso en el Estado receptor, como bien esclarece Guillermo Jorge:

(...) los procesos destinados a recuperar fondos derivados de la corrupción pueden

¹⁶⁰ STESENS, Guy. Op. cit., págs. 302-3

¹⁶¹ Ibidem.

adoptar diversas formas: a) procedimientos penales en el país en el que se produjo el hecho de corrupción (país víctima) con ejecución de la sentencia en el país en el que se encuentran los fondos (país receptor); b) procedimientos civiles en el país víctima y posterior ejecución internacional de la sentencia; c) procedimientos penales –generalmente por lavado de activos– o de decomiso civil entablados en el país receptor de los bienes que permitan decomisar los activos a favor del país víctima directamente, o indirectamente luego del decomiso a favor del país receptor, y d) procedimientos civiles entablados por el país víctima en los tribunales del país receptor.¹⁶²

Delante de los variados foros concurrentes, para analizar cuál es el mejor foro para enjuiciar la acción, se deben llevar en cuenta diversos factores, como la cantidad y el lugar de los bienes ilícitos, domicilio del reo, local de la producción de pruebas (testigos y peritaciones), trámite para homologar decisión extranjera, comparación del número de recursos entre un procedimiento y otro, las modalidades de embargo y decomiso, etc. Hay que sopesar todos estos factores para llegar a la conclusión si es mejor enjuiciar una acción en el Estado víctima o en el Estado receptor de los bienes, siempre a la luz de la celeridad y de la tutela efectiva, pero sin afectar al debido proceso legal y a la realización de justicia.

Para tal efecto, cabe reforzar la necesidad de un contacto previo informal entre las autoridades de los Estados, víctima y receptor, para conocer las respectivas legislaciones y los riesgos existentes para el embargo o el decomiso.¹⁶³ Este contacto puede ser por teléfono, email, o personalmente, con cuidados para no vaciar la información, lo que puede ahorrar mucho tiempo en comparación con el camino judicial que podría ser inútil al final en el otro Estado.

Supóngase que el domicilio del reo es el mismo del Estado receptor de los bienes: São Paulo, Brasil. En este caso, para homologar una decisión extranjera de decomiso en el STJ, el Estado requirente debe comprobar la citación personal del reo en el proceso de origen, por medio de la morosa carta rogatoria (la ley brasileña no acepta citación por correo postal o electrónico)¹⁶⁴. En seguida, el STJ cita personalmente al mismo reo sobre el pedido de

¹⁶² JORGE, Guillermo *et al.* *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. XXII.

¹⁶³ “Such contacts also offer an opportunity to learn about the procedures and system of the foreign jurisdiction and to assess strategic options. Such informal contacts often need to be cleared through the practitioner’s domestic central authority to ensure that protocol with the other jurisdiction is not violated and that laws and regulations regarding foreign assistance are observed.” BRUN Jean-Pierre *et al.* *Asset Recovery Handbook: a guide for practitioners*. Banco Mundial y UNODC, 2011, p. 124.

¹⁶⁴ STJ – “2. A citação de pessoa domiciliada no Brasil para responder a processo judicial no exterior deve realizar-se necessariamente por meio de carta rogatória, sendo inadmissível a sua realização por outras

homologación de decisión extranjera, que puede ser contestada en situaciones de violación a derechos fundamentales básicos, caso en que la acción deberá ser juzgada por la Corte Especial (órgano máximo del STJ, compuesto por los 15 ministros más antiguos). No se puede olvidar, además, las medidas antecedentes al decomiso, como embargo del bien, producción de pruebas, evaluaciones y administración de bien, ventas anticipadas, etc. En esta hipótesis, se concluye que, en general, sería más rápido y efectivo si la acción de cognición fuese enjuiciada directamente en Brasil, a través del auxilio directo.

Otra cuestión que influye mucho en la opción del foro es la necesidad de notificar a todas las personas afectadas por la decisión de decomiso¹⁶⁵, o sea, el autor del supuesto delito y los actuales propietarios de los bienes, que pueden ser testaferros o terceros de buena fe, dependiendo de la posibilidad del conocimiento del origen ilícito de los bienes. Si la mayoría de estas personas están en el Estado receptor, ciertamente será más ventajoso ingresar con la acción civil en este Estado (con el uso del auxilio directo), en conformidad con su derecho interno, pues muchas pruebas y notificaciones serán realizadas internamente, sin carta rogatoria, con más facilidad y rapidez.

3.12 *FORUM SHOPPING VERSUS FORUM NON CONVENIENS*

A la par de los foros concurrentes, la elección del foro más favorable al autor se llama

modalidades.” (SEC 1.970/EX, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/09/2012, DJe 04/10/2012).

STJ – “SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. HOMOLOGAÇÃO. DIVÓRCIO. CÔNJUGE RESIDENTE NO BRASIL AO TEMPO DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA NO ESTRANGEIRO. CITAÇÃO POR EDITAL E POR SERVIÇO POSTAL. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE CARTA ROGATÓRIA. PRECEDENTES DO STF E STJ. PEDIDO INDEFERIDO.” (SEC 3.383/US, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/08/2010, DJe 02/09/2010)

Sin embargo, otras formas de notificación deberían ser aceptadas para que no sea un impedimento a la cooperación internacional: “Muchas jurisdicciones autorizan formas de notificación que son inferiores a la notificación real (como fijarla en la propiedad, enviarla a la última dirección conocida del propietario, a los parientes o a un fiscal y otras). El debido proceso requiere generalmente que se notifique en forma adecuada, aunque no necesariamente en forma real. La ley debe proponerse de tal manera que una forma alterna de notificación no constituya un obstáculo para la ejecución fuera de la jurisdicción de origen.” GREENBERG, Theodore S., *et al. Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Banco Mundial y UNODC, 2009, p. 104-105, p. 109.

¹⁶⁵ “Es útil precisar que cualquier resolución judicial de decomiso debe ser motivada y ha de notificarse a todas las personas afectadas.” (Dictamen del CESE - COM(2012) 85 final — 2012/0036)

*forum shopping*¹⁶⁶, que no puede ser abusivo a los derechos fundamentales, como ingresar con una acción en otro Estado con evidente intención de perjudicar el derecho de defensa, objetivando atender intereses oscuros. Para los casos en que hay más de un foro competente, se puede aplicar, en casos muy excepcionales, la doctrina prevalente en el sistema *common law* del *forum non conveniens*, por la cual un Tribunal declina su jurisdicción e indica el Tribunal de otro Estado más conveniente o apropiado para juzgar la causa, por razones como pruebas, reo y bienes localizados en el foro indicado.

Para la aplicación del *forum non conveniens*¹⁶⁷, se ponderan los derechos del autor con los derechos de la defensa, y los intereses públicos con los intereses privados. En casos de recuperación de activos, a la luz de la proporcionalidad, el derecho del Estado víctima pesa más que el derecho de un particular, por involucrar valores de toda la sociedad, sin afectar, por supuesto, el debido proceso legal y la efectución de una orden jurídica justa.

En la hipótesis de decomiso de inmuebles, por ejemplo, el Tribunal del Estado víctima puede entender que, si fuese decomisarlo, no tendría ningún efecto práctico en Brasil (competencia exclusiva), excluir el interés procesal del autor y, así, concluir que es más conveniente y apropiado que el Estado receptor de los bienes analice, vía auxilio directo, la posibilidad del decomiso.

La doctrina brasileña dominante entiende que es posible utilizar el *forum non conveniens*, con fundamento en la regla *Kompetenzkompetenz* (el juez es competente para controlar su propia competencia), y, por consecuencia, valerse de una cláusula general de control de adecuación de la competencia, para declinar la competencia a favor de un Tribunal extranjero más adecuado, sea por perjudicar el derecho de defensa, sea con base en el principio de la proximidad razonable de las pruebas, reos y testigos. De esta forma, se asegura

¹⁶⁶ Significado del *forum shopping*: “la persona que inicia la acción puede verse tentada a elegir un foro no porque sea el más adecuado para conocer del litigio, sino porque las normas sobre conflictos de leyes que este tribunal utilizará llevarán a la aplicación de la ley que más le convenga. Glosario de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil.” Disponible en http://ec.europa.eu/civiljustice/glossary/glossary_es.htm. Consultado en 23/01/2013.

¹⁶⁷ “el *forum non conveniens* es la limitación de naturaleza discrecional que ejerce el juez anglosajón o de la common law, sobre criterios no escritos en donde la demanda incoada carece de toda vinculación con el foro juzgador. En otros términos, es el freno que ejerce el juez para rechazar una demanda que busca una selección de un foro sin que medie vinculación alguna en su doble caracterización tanto en el interés particular del negocio como el propio interés público que pudiese tener la administración de justicia”. ICAZA, Gilberto Boutin: *Forum non conveniens, La Limitación de la Jurisdicción y la denegación de justicia*, Editorial Portobelo, 2003, p. 27.

un resultado justo, al menor coste posible, y de acuerdo con el debido proceso legal. Sin embargo, hay una decisión del STJ que entiende que el *forum non conveniens* no tiene previsión legal en Brasil y, por eso, no sería aplicable (MC n. 15.398-RJ, rel. Mina. Nancy Andrichi, j. en 02/04/2009, publicado en 23/04/2009), pero este asunto seguramente será reanalizado en otra oportunidad.¹⁶⁸

La doctrina española ya sustentó que:

(...) no cabe en nuestro sistema el mecanismo del *forum non conveniens*, propio de los países anglosajones, utilizado por los tribunales de un país para no conocer de asuntos que se encuentran “más conectados” con otros países (...) Parte de la doctrina más prestigiosa en Derecho internacional privado español considera que, si la LOPJ atribuye competencia a los jueces españoles en ciertos supuestos que no presentan ningún “ligamen real” con España cabría admitir un *forum non conveniens* atenuado. Dicho de otra forma, en este caso, los tribunales españoles podrían “rechazar” su competencia judicial internacional cuando el litigio formalmente atribuido al conocimiento de los tribunales españoles no presentase ninguna “conexión real” con España.¹⁶⁹

3.13 RECUPERACIÓN POR MEDIO DEL PROCESO DE BLANQUEO DE CAPITALS

Cuando un Estado es receptor de bienes procedentes de la corrupción, la primera cosa que se debe analizar es la práctica del blanqueo de capitales en este Estado. Para contextualizar el tema, se conceptúa el blanqueo de capitales como el “proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita”.¹⁷⁰ Así, debe haber una conexión entre los bienes blanqueados y el delito antecedente, que se recomienda a nivel internacional “la gama más

¹⁶⁸ DIDIER JR., Freddie. *Foros concurrentes, forum shopping, forum non conveniens e princípio da competência adequada*. Recente decisão do STJ. Editorial 67 (27/7/2009). GUERRA, Marcel Vitor de Magalhães; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges. *Influências do common law no Brasil. Questão relacionada ao forum shopping: afinal, é possível a um juiz nacional derrogar sua competência internacional com base na doutrina estrangeira do forum non conveniens?* Trabajo publicado en los Anales del XIX Encontro Nacional do CONPEDI, realizado en Fortaleza – CE, los días 09 a 12 de Junio de 2010.

¹⁶⁹ RUIZ, Esperanza Castellanos; RODRIGO, Juliana Rodrigue. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil de la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles (arts. 36 a 39 LEC). Barcelona: InDret, 2006, págs. 13-14.

¹⁷⁰ CORDERO, Isidoro Blanco. El delito de blanqueo de capitales. Editorial Arazandi, 2012, e-book, 4%.

amplia posible de delitos determinantes”.¹⁷¹

Otra característica de fundamental importancia es el principio de la autonomía o independencia del blanqueo de capitales, en el sentido de que es innecesario proceso o condenación por el delito previo para procesar o juzgar el blanqueo¹⁷². Explica con claridad esta cuestión la STS 483/2007, de la siguiente forma:

(...) admitiéndose que la existencia del delito previo constituye elemento objetivo del tipo y su prueba condición de tipicidad, en ningún caso la jurisprudencia requiere que hubiera precedido sentencia condenatoria firme, bastando con que el sujeto activo conozca que los bienes tengan como origen un hecho típico y antijurídico (SSTS. 19.9.2001, 19.12.2003, y 23.12.2003), y ni siquiera se considera preciso que se determine la autoría del delito precedente (STS. 23.2.2005), por cuanto tal requisito, necesidad de condena previa, haría imposible en la practica la aplicación del tipo de blanqueo.

Se puede resumir, por tanto, que para la condenación por blanqueo de capitales, por lo menos en Brasil y España, debe haber indicios suficientes sobre: 1) el delito antecedente (hecho típico y antijurídico), independientemente de las respectivas autoría, culpabilidad o punibilidad; 2) el nexo entre el bien y el delito previo; 3) el conocimiento del sujeto activo de que los bienes tengan como origen un hecho típico y antijurídico. Cumple reforzar que en nada influye la absolución por falta de pruebas del presunto autor del delito previo –lo importante es que el autor del blanqueo sepa el origen criminoso de los bienes.

Vistas muy resumidamente las cuestiones básicas del blanqueo de capitales, se constata que las normas comunitarias e internacionales obligan la tipificación del blanqueo por delito antecedente practicado en el exterior: art. 23.2.c de la Convención de Mérida de 2003, art. 6.2.c de la Convención de Palermo de 2000, art. 6.2.a del Convenio de Estrasburgo, art. 9.2.a del Convenio de Varsovia, y art. 1.3 de la Directiva 2005/60/CE. Por todos, se transcribe parte del art. 6.2.c del Convenio de Mérida de 2003: “entre los delitos determinantes se incluirán los delitos cometidos tanto dentro como fuera de la jurisdicción del

¹⁷¹ En este sentido, ver art. 23 de la Convención de Mérida, art. 6º de la Convención de Palermo, recomendación 3 del GAFI de febrero de 2012, art. 6º de la Convención de Estrasburgo, art. 1.b de la DM 2001/500/JAI. Brasil y España consideran cualquier delito como crimen antecedente, incluso fiscales (art. 1º de la Ley brasileña 9.613/98 y art. 1.2 de la Ley española 10/2010).

¹⁷² Así dispone el art. 2º, II, de la Ley brasileña 9.613/98.

Estado Parte interesado”.¹⁷³

A propósito, el Estado receptor de los bienes debe enjuiciar una acción penal por blanqueo de capitales para decomisar los bienes de origen extranjero y prestar asistencia judicial al Estado víctima de la corrupción, conforme prevé el art. 54.b de la Convención de Mérida de 2003:

Art. 54.b. Cada Estado Parte, a fin de prestar asistencia judicial recíproca, (...) adoptará las medidas que sean necesarias para que sus autoridades competentes, cuando tengan jurisdicción, puedan ordenar el decomiso de esos bienes de origen extranjero en una sentencia relativa a un delito de blanqueo de dinero o a cualquier otro delito sobre el que pueda tener jurisdicción, o mediante otros procedimientos autorizados en su derecho interno...

Transferir bienes provenientes del crimen para otro país es una conducta que se puede encuadrar, en el Estado receptor de los bienes, en algunos de los elementos penales del blanqueo de capitales, puesto que es la típica forma de ocultar o transformar bienes ilícitos¹⁷⁴, desde que se observe la doble incriminación entre los Estados involucrados (es que si no hay crimen antecedente, no hay blanqueo de capitales)¹⁷⁵.

En este aspecto, al entablar acción penal de blanqueo de capitales, por delito antecedente practicado en el exterior, no se aplica el principio penal de la extraterritorialidad, sino de la territorialidad, a la luz del criterio de ubicuidad, de modo que donde se ejecuten actos de blanqueo habrá competencia territorial para juzgar este delito.¹⁷⁶ Por otra parte, vale

¹⁷³ En el mismo sentido, las legislaciones nacionales de Brasil y España tipifican el blanqueo por delito previo practicado en el exterior (art. 2,II, de la ley brasileña 12.683/2012, art. 1.2 de la ley española 10/2010 y art. 301.4 del Código Penal español).

¹⁷⁴ Aclara esta situación: “el blanqueo es un progresivo proceso de distanciamiento de unos bienes respecto de su origen ilegal que se resuelve en sucesivas operaciones, realizadas a veces en numerosas jurisdicciones y a lo largo de las cuales los lavadores suelen demostrar una especial predilección por aquellos territorios en los que las circunstancias legales ofrecen especiales condiciones de opacidad, tal y como ocurre en la mayoría de los paraísos fiscales. En consecuencia, el blanqueo — especialmente, cuando se trata de operaciones de cierta entidad— no suele practicarse en el territorio de un solo Estado.” CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. La aplicación territorial del delito de blanqueo de capitales en el derecho español, en CEPEDA, Ana Isabel Pérez (Dir.), El principio de Justicia Universal. Fundamento y límites, Tirant lo Blanch: Valencia, 2012.

¹⁷⁵ Art. 23.2.c de la Convención de Mérida de 2003: “(...) los delitos cometidos fuera de la jurisdicción de un Estado Parte constituirán delito determinante siempre y cuando el acto correspondiente sea delito con arreglo al derecho interno del Estado en que se haya cometido y constituyese asimismo delito con arreglo al derecho interno del Estado Parte que aplique o ponga en práctica el presente artículo si el delito se hubiese cometido allí”. Igualmente: art. 6.2.b de la Convención de Palermo y art. 9.7 del Convenio de Varsovia de 2005.

¹⁷⁶ Sobre la relevancia de procesar los actos de blanqueo cometidos parcialmente en el extranjero, la

registrar que el delito previo practicado en el exterior no es juzgado en el Estado donde fue cometido el blanqueo de capitales, no obstante la conexión entre estos crímenes, exceptuados los restrictos casos de extraterritorialidad (principios de la jurisdicción universal, real o de la personalidad).¹⁷⁷

Se refuerza, además, que basta probar el hecho típico y antijurídico cometido en el exterior, de modo que, como alega Caparrós:

(...) el blanqueo será delictivo en España incluso en el caso de que el autor o el cómplice de la predicate offence cometida en el extranjero sea irresponsable o esté personalmente exento de pena. Si el criterio de la —aparente— accesoriedad limitada, establecido expresamente en el art. 300 del Código Penal, es válido para los casos producidos en territorio español, nada impide que también lo sea para los perpetrados fuera de nuestras fronteras.¹⁷⁸

El proceso penal por blanqueo de capitales es un instrumento muy poderoso para la lucha contra la corrupción cometida en el exterior, ya que se vale de la independencia del Estado receptor de los bienes con relación a la injerencia política de los agentes criminosos del Estado víctima de la corrupción. La práctica demuestra la efectividad del proceso de blanqueo de capitales por corrupciones previas cometidas en el exterior.¹⁷⁹

Cuando ya hay, en el extranjero, resolución firme condenatoria sobre el delito previo, es mucho más fácil analizar la configuración del blanqueo, ya que tal resolución será utilizada como medio de prueba para considerar la doble incriminación. Sin embargo, lo común es que no se espere una resolución firme para juzgar el blanqueo de capitales (principio de la autonomía), caso en que el Estado víctima de la corrupción debe entregar todas las pruebas

doctrina comenta que “es cierto que con ello se multiplican las posibilidades de que se manifiesten conflictos de jurisdicción entre los Tribunales españoles y los de otros Estados, pero más vale tener que resolver este problema que lamentar la impunidad de los actos de blanqueo transnacional”. CAPARRÓS, Eduardo F., *La aplicación territorial, op. cit.*

¹⁷⁷ Ver PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 123

¹⁷⁸ CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. *La aplicación territorial...op. cit.*

¹⁷⁹ “En la última década, el producto de varios casos de gran corrupción política ha sido recuperado mediante sentencias por lavado de dinero en la jurisdicción en la que se ha ocultado el producto de la corrupción. El hecho de que las autoridades del país en el que se habían ocultado los activos eran más independientes con respecto a los acusados que las autoridades del país en el que había ocurrido el delito determinante jugó un rol importante en dichos casos.” JORGE, Guillermo et al. Recuperación de activos de la corrupción. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 191.

sobre el delito previo para el Estado donde ocurrió el blanqueo, por medio de la cooperación internacional.

Al respecto, es importante que el Estado víctima, como mayor interesado en la recuperación de los activos obtenidos en su territorio, actúe como “parte civil” o “asistente de acusación” en el proceso penal por blanqueo de capitales, en los Estados que permiten tal intervención. De esta forma, el Estado víctima puede participar activamente del proceso, especialmente en la producción probatoria para demostrar la práctica del delito previo y del blanqueo de capitales. También proporciona celeridad en la presentación de las pruebas producidas en el Estado víctima, aumentando las oportunidades de condenación en el Estado receptor.

Esta participación del Estado víctima de la corrupción, en el proceso penal por blanqueo en otro Estado, puede ser llevada a cabo de dos maneras: 1) contratación de abogados privados para representación del Estado víctima en el proceso penal extranjero (como hizo Brasil en el Tribunal suizo, ver ítem 3.8), conforme permite el art. 53.a de la Convención de Mérida de 2003; 2) los organismos estatales, como la Abogacía del Estado, representan al Estado víctima, cuando el derecho interno permita, y con fundamento en el art. 53.a de la Convención de Mérida de 2003.

El Estado víctima es pieza clave para esclarecer el delito previo, y consecuentemente el blanqueo de capitales. Así, el Estado víctima ayudará a los organismos estatales extranjeros en la persecución penal, que debe retribuir, al menos, con su representación en juicio, de acuerdo con el principio de la solidaridad. Además, el Estado víctima ya es muy perjudicado con los daños provocados por la corrupción, de modo que la costosa contratación de abogados privados en el exterior aumentará su perjuicio económico.

De todos modos, caso no sean viables o convenientes las opciones mencionadas, los organismos públicos del Estado receptor de los bienes pueden actuar en nombre propio (representación de sus propios Estados) para hacer cumplir las obligaciones asumidas al firmar la Convención de Mérida de 2003, y así devolver los bienes recuperados al Estado víctima de la corrupción, con la posibilidad de descontar los gastos o firmar acuerdos de reparto de los bienes conforme el caso concreto (arts. 53, apartados b y c, 55 y 57 de esta Convención).

No se olvida que el blanqueo de capitales, dependiendo del delito previo, puede ofender diversos intereses tutelados, principalmente socio-económicos, motivo por el cual

involucra a varios sujetos pasivos¹⁸⁰, como el Estado víctima de la corrupción y el Estado receptor de los bienes. En esta línea de ideas, el Estado receptor puede actuar como parte civil en el proceso penal por blanqueo, para asegurar la repatriación de, por lo menos, parte de los bienes al Estado víctima.

El proceso penal no quita la posibilidad de ingresar con la acción civil *ex delicto*, pues el delito de blanqueo de capitales, no obstante su autonomía, exige serios indicios del delito previo y del blanqueo para la condenación y el decomiso¹⁸¹, además de las posibles suspensiones del proceso o extinciones de la punibilidad. Ya los indicios para el decomiso en la acción civil no son tan contundentes como en la acción penal, puesto que puede haber una distribución dinámica de la carga de la prueba, para evitar el enriquecimiento ilícito (ver ítem 4.7.4).

Por consiguiente, primero se analiza la posibilidad de ingresar con la acción por blanqueo de capitales, con intervención del Estado víctima o del propio Estado receptor como actor civil; después se analiza la viabilidad de la acción civil para la recuperación de activos, o hasta el ingreso con las dos acciones concomitantemente, como es permitido en Brasil y otros países (ver ítem 4.7.3).

3.14 EMBARGO O DECOMISO DE BIENES EXTRATERRITORIALES

La Convención de Mérida de 2003 permite que el Estado víctima efectúe el embargo o el decomiso sin condena de cualquier bien (mueble o inmueble) fuera de su jurisdicción¹⁸², y

¹⁸⁰ CAPARRÓS, Eduardo Fabián. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Ed. Colex, 1998, p. 320.

¹⁸¹ “Sem que existam sérios indícios da ocorrência da infração penal antecedente a denúncia não pode ser recebida pelo juiz, e isto por faltar justa causa para o início do processo. A satisfação desse pressuposto reafirma o entendimento de que, embora prestigiado o princípio da autonomia dos processos, a independência destes não é total, pois a lei exige a apresentação de denuncia lastreada em razoável base de materialidade ou da existência da infração penal anterior”. BARROS, Marco Antônio, *Lavagem de Capitais e Obrigações Cíveis Correlatas*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2012, p. 201

¹⁸² El Banco Mundial, en su guía para especialistas, sostiene que “las provisiones de recuperación de activos de la Uncac, en particular los artículos 54, 55 y 57, contemplan que los países víctima puedan ejercer jurisdicción sobre los activos ubicados fuera de su jurisdicción física con base en el veredicto final de la jurisdicción solicitante. La capacidad del país víctima de obtener un veredicto de decomiso contra la propiedad en otra jurisdicción, y de la jurisdicción donde se encuentra ubicada la propiedad de ejecutar ese veredicto, facilita en gran medida la implementación de las provisiones de la devolución obligatoria de activos que incluyen los fondos malversados cubiertos por el artículo 57(3)(a). De modo que, para un sistema eficaz de recuperación de activos, es esencial que las cortes del país víctima tengan autoridad de expedir órdenes que

que el Estado receptor reconozca estas decisiones¹⁸³, en conformidad con sus artículos 2.b, 31 y 54.a, entre otros, de los cuales se deduce que el Estado víctima debe adoptar las medidas para el decomiso “en el mayor grado” posible, y el Estado receptor debe “dar efecto a toda orden de decomiso dictada por un tribunal de otro Estado Parte”, incluso inmuebles¹⁸⁴.

En el mismo sentido, la DM 2003/577/JAI y la DM 2006/783/JAI, incorporadas por las leyes españolas 18/2006 y 04/2010, disponen sobre la ejecución, en la Unión Europea, de resoluciones judiciales de embargo y de decomiso de bienes materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, sin que haya cualquier limitación en cuanto a la localización y el tipo de los bienes.

Interesante la interpretación de Suiza sobre su legislación interna con relación al decomiso de bienes en otras jurisdicciones. El Tribunal Federal Suizo entendió que es posible decomisar bienes en el exterior, pues el artículo 70, parágrafo 1, del Código Penal, determina que “el juez ordenará el decomiso de activos que sean resultado de un delito”, no existiendo cualquier restricción en la ley sobre la ubicación de los bienes (SJ 1986 - 31 de enero de 1986).¹⁸⁵

Esta interpretación puede ser aplicada en diversos Estados, pues, de hecho, las legislaciones, en general, no determinan que el decomiso deba relacionarse a bienes ubicados en sus territorios. Lo importante es que “los actos que dan lugar al decomiso ocurran dentro de la jurisdicción territorial de la corte y haya una conexión establecida entre la jurisdicción y

afectan procesos de crímenes ubicados más allá de sus fronteras. GREENBERG, Theodore S., *et al*, *Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, Banco Mundial y UNODC, 2009, p. 104-105. En el mismo sentido, “because most large-scale corruption and money laundering cases cross international borders, the confiscation regime must be capable of having domestic orders enforced in foreign jurisdictions.” BRUN Jean-Pierre *et al*, *Asset Recovery Handbook: a guide for practitioners*, BANCO MUNDIAL Y UNODC, 2011, pág 104

¹⁸³ “La Uncac, en los artículos 54 y 55 requiere que los estados integrantes reconozcan y ejecuten “al mayor grado que sea posible” las órdenes extranjeras de decomiso o lleven su propia petición para una orden local con base en la información suministrada por un Estado integrante. Otras convenciones contienen provisiones similares: Untoc, artículo 13; Convención de Viena, artículo 5.” GREENBERG, Theodore S., *et al*, *Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*, Banco Mundial y UNODC, 2009, p. 107

¹⁸⁴ Art. 2.d. de la Convención de Mérida: “Definiciones. A los efectos de la presente Convención: Por “bienes” se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;

¹⁸⁵ GREENBERG, Theodore S., *et al*. *Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Banco Mundial y UNODC, 2009, p. 104-105

los activos”.¹⁸⁶

A este respecto, el art. 9º, inciso I, del Código Penal brasileño, prevé que “las sentencias extranjeras, cuando la aplicación de la legislación brasileña sobre la especie produzca las mismas consecuencias, podrán ser homologadas en Brasil para: I - obligar al condenado a reparar el daño, las restituciones y otros efectos civiles”. Se nota que, igual que en la ley Suiza, no hay restricciones sobre la localización de los bienes. A propósito, el Supremo Tribunal Federal ya reconoció la decisión penal sueca sobre el decomiso de valores depositados en institución financiera en Brasil¹⁸⁷.

Por otro lado, el art. 4.2 de la Convención de Mérida de 2003 determina que se deben respetar las competencias exclusivas, *in verbis*:

(...) nada de lo dispuesto en la presente Convención facultará a un Estado Parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades.

Con respecto a esto, es frecuente que los procesos relativos a inmuebles sean causas de competencia exclusiva. Tanto Brasil como España, y muchos otros Estados de Europa y del mundo, poseen foros exclusivos para juzgar acciones civiles relacionadas a inmuebles ubicados en sus respectivos Estados, por cuestiones de soberanía territorial (art. 89 del CPC brasileño¹⁸⁸, art. 22.1, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial,¹⁸⁹ y art.

¹⁸⁶ Ibidem.

¹⁸⁷ SENTENÇA PENAL ESTRANGEIRA (CRIME DE APROPRIAÇÃO INDEBITA). PRODUTO DO CRIME (DINHEIRO) DEPOSITADO EM ESTABELECIMENTO BANCARIO NO BRASIL. II. PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO DO DECISÓRIO PARA OS EFEITOS CIVIS FORMULADO PELA VÍTIMA DO DANO SOFRIDO. III. HARMONIA DA PRETENSÃO COM OS DISPOSITIVOS DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA (C.P., ART. 7. E PARAGRAFO ÚNICO, 'A'; C.P.P., ART. 790, E REGIMENTO INTERNO, ARTS. 211 E 212). IV. PEDIDO DEFERIDO. (STF, SE 2290, Relator(a): Min. THOMPSON FLORES, Tribunal Pleno, julgado em 17/11/1976, DJ 13-12-1976)

¹⁸⁸ CARTA ROGATÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL. ADJUCAÇÃO DE BEM IMÓVEL. ART. 89 DO CPC. HIPÓTESE DE COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DA JUSTIÇA BRASILEIRA.

Nos termos do art. 89, incisos I e II, do Código de Processo Civil, a competência para "conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil" e "proceder a inventário e partilha de bens situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional" é exclusiva da Justiça brasileira, com exclusão de qualquer outra.

– Diante disso, nega-se o exequatur a pedido rogatório de inscrição de adjudicação de bem imóvel situado em território brasileiro.

Agravo regimental a que se nega provimento.

22.1 del Reglamento (CE) 44/2001¹⁹⁰). Por eso, en teoría, una decisión del Estado víctima que determine el decomiso en acción civil de un inmueble no sería reconocida y ejecutada por el Estado receptor, por violación a la competencia exclusiva. La única forma, en este caso, sería ingresar con una acción civil directamente en el Estado receptor, por medio del auxilio directo.

Antes de analizar esta cuestión, como premisa básica, se insiste que el embargo o el decomiso sin condena deben aprovechar algunas reglas dispuestas para el decomiso penal, puesto que hay puntos comunes, relacionados al hecho corrupto, añadiendo que todas las recientes normas comunitarias e internacionales claman por el decomiso sin condena.

En este sentido, las decisiones marco y leyes españolas mencionadas en este subtítulo autorizan la cooperación internacional para el embargo o el decomiso penal de bienes inmuebles ubicados en el exterior¹⁹¹. O sea, se puede decir que embargos y decomisos de los bienes relacionados a hechos corruptos son excepciones a la competencia exclusiva sobre inmuebles.¹⁹²

Brasil podría adoptar la misma interpretación. En efecto, la jurisprudencia brasileña suele reconocer decisiones extranjeras que ratifican acuerdos entre las partes sobre la propiedad de inmuebles en Brasil¹⁹³. En otro asunto, el STJ ya reconoció varias decisiones

(AgRg nos EDcl na CR 2.894/MX, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, CORTE ESPECIAL, julgado em 13/03/2008, DJe 03/04/2008)

¹⁸⁹ Art. 22.1 de la LOPJ - En el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes:

Con carácter exclusivo, en materia de derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se hallen en España;

¹⁹⁰ “Art. 22.1 Son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio:

1) en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, los tribunales del Estado miembro donde el inmueble se hallare sito.”

¹⁹¹ Como muestra, el. art. 3.2 de la Ley española 04/2010 (reconocimiento de resoluciones sobre decomiso) define que “a los efectos de esta ley, la resolución de decomiso podrá afectar a cualquier tipo de bienes, ya sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles...”

¹⁹² “En algunas jurisdicciones, la orden de decomiso se aplica a los bienes de propiedad del delincuente que no están ubicados físicamente dentro de la jurisdicción del tribunal. El tribunal puede tomar la decisión de decomisar bienes dondequiera que se encuentren. En esa hipótesis, la cuestión que se plantea después del decomiso es cómo ejecutar esa orden. Si el Estado en donde se encuentran los bienes ha promulgado legislación eficaz de asistencia judicial mutua, la cuestión se puede resolver con sencillez. El Estado solicitante debe obtener una orden de decomiso a nivel local y transmitirla, por conducto de las vías establecidas de asistencia judicial, a fin de que se la ejecute en la otra jurisdicción.” UNODC. *Manual de cooperación internacional en el decomiso del producto del delito*. Naciones Unidas: New York, 2103, p. 19

¹⁹³ STJ – “... Tanto a Corte Suprema quanto este Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram pela ausência de ofensa à soberania nacional e à ordem pública a sentença estrangeira que dispõe acerca de bem

extranjerías que determinaron el embargo de inmuebles en territorio brasileño¹⁹⁴, incluso ya se hizo un anteproyecto de ley para posibilitar esta medida¹⁹⁵.

A título de reflexión, la jurisprudencia brasileña entiende que es posible embargar y adjudicar bienes (muebles o inmuebles) de un Estado extranjero ubicados en Brasil, cuando se refiere a actos de gestión, por ejemplo, para pagar deudas laborales a favor de un funcionario de una Embajada extranjera en Brasil, desde que tales bienes no estén relacionados directamente con la representación consular o diplomática. Se relativiza, así, la inmunidad de jurisdicción y ejecución del Estado extranjero¹⁹⁶.

Luego, por mucho más razones, se concluye viable a la jurisprudencia brasileña decretar o reconocer el embargo o el decomiso de cualquier tipo de bien de particular involucrado en hechos de corrupción, sin que haya violación a la soberanía. La resolución extranjera sobre embargo de inmuebles es más viable que el STJ reconozca, pero se admite que, para el decomiso, el STJ debe hacer una interpretación progresista.

Por lo tanto, los países que ratificaron la Convención de Mérida de 2003, incorporada como ley nacional¹⁹⁷, la podrían utilizar como excepción a las mencionadas competencias exclusivas sobre cuestiones inmobiliarias, a la luz del principio de la especialidad, para permitir el embargo o el decomiso por la vía civil de cualquier tipo de bienes relacionados a

localizado no território brasileiro, sobre o qual tenha havido acordo entre as partes, e que tão somente ratifica o que restou pactuado” (SEC 4.223/CH, Rel. Ministra LAURITA VAZ, CORTE ESPECIAL, julgado em 15/12/2010, DJe 16/02/2011)

¹⁹⁴ STJ - AgRg na CARTA ROGATÓRIA Nº 1.346 - AR (2005/0215320-0); CARTA ROGATÓRIA Nº 4.924 - FI (2010/0075714-1); CARTA ROGATÓRIA Nº 5.940 - AR (2011/0139801-6).

¹⁹⁵ Igualmente, el artículo 15 del anteproyecto de cooperación jurídica internacional, elaborada por ilustres juristas brasileños designados en norma del Ministerio de Justicia (portaria Nº 2.199, de 10/08/2004), dispone que son homologables las decisiones extranjeras sobre embargos de cualquier bien, incluso inmuebles: “São homologáveis as decisões estrangeiras concessivas de medidas de urgência de caráter liminar ou definitivo, ainda que recaiam sobre bens imóveis”. Disponible en http://www.uff.br/direito/images/stories/ARQUIVOS_PARA_DOWNLOAD/artigos_em_pdf/anteprojotodelei.pdf. Consultado en 03/02/2013.

¹⁹⁶ El Supremo Tribunal Federal brasileño relativiza la inmunidad del Estado extranjero para deudas relacionadas con actos de gestión en el siguiente caso: “existência, em território brasileiro, de bens, que, embora pertencentes ao Estado estrangeiro, não tenham qualquer vinculação com as finalidades essenciais inerentes às legações diplomáticas ou representações consulares mantidas em nosso País.” (STF, 2ª Turma, RE 222.368-Agr/PE, fl. 17, Rel. Min. Celso de Melo, DJ de 14/02/2003)

¹⁹⁷ En Brasil, en regla, los tratados son incorporados con la misma jerarquía de leyes ordinarias. Así, son sometidos al control de constitucionalidad y pueden, incluso, revocar leyes anteriores incompatibles o convivir con otras leyes compatibles (anteriores o posteriores), conforme el principio de la especialidad. (Supremo Tribunal Federal brasileño - ADI 1480 MC, Relator(a): Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1997, DJ 18-05-2001)

hechos de corrupción, ubicados en el extranjero. Sin embargo, la ejecución de la decisión, por supuesto, siempre será efectuada por el Estado receptor¹⁹⁸, que debe reconocer previamente la decisión del Estado víctima¹⁹⁹.

De cualquier manera, es una interpretación que seguramente encontraría mucha resistencia por ciertos jueces, principalmente cuando involucra bienes inmuebles. Por eso, puede ser que, en algunos casos concretos, dependiendo de la jurisprudencia y de las leyes de los Estados involucrados, será mejor buscar el auxilio directo que aventurarse en largos e inciertos caminos judiciales²⁰⁰.

Otra salida sería, en vez de decomisar el inmueble en el exterior, aplicar el decomiso por valor equivalente al inmueble (decomiso de dinero), caso la legislación nacional permita. Así se puede buscar el reconocimiento de esta decisión para decomisar el propio inmueble en el exterior u otros bienes que satisfagan la deuda, incluso buscar bienes sustitutos en el propio Estado víctima²⁰¹.

3.15 PRODUCCIÓN DE PRUEBAS DIRECTAMENTE EN EL EXTERIOR

Producir pruebas directamente en el exterior para la recuperación de activos es de suma importancia. El pedido de reconocimiento de decisiones suele ser moroso y la prueba

¹⁹⁸ “Cuando una jurisdicción obtiene un veredicto de decomiso contra propiedad ubicada en otra jurisdicción, no puede simplemente ejecutar ese veredicto. Más bien, la jurisdicción solicitante debe remitir ese veredicto a la autoridad competente de la jurisdicción en donde está ubicada la propiedad”. propiedad ubicada en otra jurisdicción”. GREENBERG, Theodore S., *et al. Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Banco Mundial y UNODC, 2009, p. 109

¹⁹⁹ “Los países que ratificaron la Uncac tienen obligación de restringir e incautar activos a petición de otro país y permitir la ejecución de órdenes provisionales del extranjero. Ver Uncac, artículos 52, 54, 55.” Ibidem, p. 105.

²⁰⁰ La jurisprudencia brasileña ya admitió el embargo de inmueble, por el auxilio directo, para atender pedido del gobierno Suizo, sin pasar por el exequátur del STJ: “RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SEQUESTRO DE IMÓVEIS. ATENDIMENTO A PEDIDO DE COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL FORMULADO PELO GOVERNO SUÍÇO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE EXEQUATUR. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO NA INICIAL. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO.” (RMS 28.624/RJ, Rel. Ministro CELSO LIMONGI, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJe 26/04/2010)”

²⁰¹ “Si los bienes se encuentran fuera de la jurisdicción del tribunal y por esa razón no se puede expedir una orden de decomiso, en algunos Estados es posible ordenar la confiscación de bienes sustitutivos. En ese caso, la orden, una vez expedida, se debe ejecutar contra bienes no contaminados del delincuente. Esos bienes quizás estén dentro de la jurisdicción del tribunal, o quizás la persona esté obligada a repatriar los bienes a los fines de la ejecución a nivel local. Quizás esta última opción sea difícil, según lo que establezca la legislación de la jurisdicción en donde se encuentren los bienes.” UNODC. *Manual de cooperación internacional en el decomiso del producto del delito*. Naciones Unidas: New York, 2103, p. 19.

procurada muchas veces no es producida de la forma pretendida, lo que puede resultar en su inutilidad. Por tanto, la participación del Estado requirente en la producción de pruebas en el exterior, en algunos casos, es exitoso porque el Estado requirente sabe exactamente la prueba necesaria para alcanzar los resultados esperados, por tener un contacto más próximo con los hechos corruptos, generando celeridad y eficacia en la diligencia probatoria.

Algunas pruebas colectadas directamente en el exterior, que serán comentadas en seguida, son producidas para su utilización en el proceso penal, pero es posible trasladar estas pruebas al proceso civil (ver ítem 4.7.3), lo que aumenta la utilidad de estas diligencias, así como refuerza la legitimación de la actuación del Estado en jurisdicciones internacionales.

3.15.1 REGLAMENTO N° 1206/2001 DEL CONSEJO DE LA UE

Una de las modalidades de producción de pruebas extraterritoriales es la prevista en el artículo 17 del Reglamento (CE) n° 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, lo cual permite la producción de cualquier tipo de prueba directamente en otro Estado miembro de la UE, desde que con la autorización del Estado requerido y bajo la voluntad de una eventual persona a ser oída, sin que haya necesidad de aplicar medidas coercitivas.²⁰²

²⁰² Artículo 17: “1. Si un órgano jurisdiccional solicita obtener pruebas directamente en otro Estado miembro, presentará una solicitud al órgano central o a la autoridad competente de dicho Estado a que se refiere el apartado 3 del artículo 3 mediante el formulario I que figura en el anexo.

2. Únicamente podrá efectuarse la obtención directa de pruebas en caso de que pueda llevarse a cabo de forma voluntaria, sin necesidad de aplicar medidas coercitivas.

Si la obtención directa de pruebas implica que debe tomarse declaración a una persona, el órgano jurisdiccional requirente informará a dicha persona de que las diligencias tendrán carácter voluntario.

3. La obtención de pruebas será efectuada por un miembro del personal judicial o por cualquier otra persona, como, por ejemplo, un experto, designados con arreglo al Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requirente.

4. En un plazo de treinta días tras la recepción de la solicitud, el órgano central o la autoridad competente del Estado miembro requerido informará al órgano jurisdiccional requirente si se ha aceptado la solicitud y, en su caso, en qué condiciones con arreglo al Derecho de su Estado miembro deben practicarse dichas diligencias, mediante el formulario J.

En particular, el órgano central o la autoridad competente podrán designar a un órgano jurisdiccional de su Estado miembro para que participe en las diligencias de obtención de pruebas a fin de garantizar la correcta

Sobre la finalidad del referido Reglamento, vale mencionar parte de la Sentencia del TJUE (Sala Primera), de 21 de febrero de 2013 (asunto C-332/11):

‘(...) la finalidad de éste es la obtención sencilla, eficaz y rápida de pruebas en un contexto transfronterizo. La obtención, por un tribunal de un Estado miembro, de pruebas en otro Estado miembro no debe conducir a un alargamiento de la duración de los procedimientos nacionales. Por ello, el Reglamento n° 1206/2001 creó un régimen que se impone a todos los Estados miembros –con la excepción del Reino de Dinamarca – para eliminar los obstáculos que puedan surgir en este ámbito’ (véanse las sentencias de 17 de febrero de 2011, Weryński, C-283/09, Rec. p. I-601, apartado 62, y Lippens y otros, antes citadas, apartado 29).

En esta línea de entendimiento, el Tribunal de Justicia de la UE interpreta de forma amplia y favorable a la cooperación internacional, de modo que el Estado miembro no es obligado a seguir todas las reglas del mencionado Reglamento. Por eso, ya declaró posible que un Estado miembro A intime a un testigo en el Estado miembro B para que se presente en el Estado A, a fin de ser oído, conforme las reglas del Estado A (Sentencia del TJUE, Sala Primera, de 6 de septiembre de 2012, asunto C-170/11).

En otra cuestión, el TJUE, en la sentencia de 21 de febrero de 2013 (asunto C-332/11), interpretó el referido Reglamento con relación a un accidente ocurrido en un tren de mercancías procedente de Bélgica y con destino a los Países Bajos, que se descarriló en las proximidades de Ámsterdam. El TJUE, con la misma argumentación de que los Estados miembros no están obligados a seguir todas las reglas del Reglamento 1206/2001, permitió que un perito belga realizara peritación en Holanda sobre el mencionado accidente, sin la previa autorización del respectivo Estado, desde que no había la exigencia legal de la

aplicación del presente artículo y de las condiciones que se hayan establecido.

El órgano central o la autoridad competente fomentará la utilización de los medios tecnológicos de comunicación como videoconferencias y teleconferencias.

5. El órgano central o la autoridad competente podrá denegar la obtención directa de pruebas sólo si:

- a) la solicitud no tiene cabida en el ámbito de aplicación del presente Reglamento con arreglo a lo dispuesto en el art. 1;
- b) la solicitud no contiene todos los datos necesarios con arreglo a lo dispuesto en el art. 4; o
- c) la obtención directa de pruebas solicitada es contraria a los principios fundamentales del Derecho de su Estado miembro.

6. Sin perjuicio de las condiciones establecidas con arreglo al apartado 4, el órgano jurisdiccional requirente ejecutará la solicitud de conformidad con el Derecho de su Estado miembro.”

participación de las autoridades holandesas en la peritación o la prohibición de que agentes extranjeros la realicen. Se añadió que:

(...) como puso de relieve el Abogado General en el punto 62 de sus conclusiones, el Reglamento nº 1206/2001 no restringe las posibilidades de obtener pruebas situadas en otros Estados miembros, sino que tiene por objeto reforzar tales posibilidades favoreciendo la cooperación entre los tribunales en este ámbito.

En este sentido, pero en materias penales, Guy Stessens menciona que muchos países cooperan sin base en cualquier tratado, o por una cooperación más amplia que la prevista en el tratado. Así, registra que:

(...) sobre ciertas circunstancias, las cortes continentales europeas han aceptado que la prueba que fue recogida por las fuerzas policiales en territorio extranjero pueden ser introducidas en los procedimientos penales. Por ejemplo, la Suprema Corte holandesa ha permitido la utilización de las pruebas obtenidas por las autoridades policiales holandesas en el territorio de un Estado extranjero en que ninguna norma de derecho internacional ha sido violada (juzgados de la Suprema Corte holandesa de 7 Junio de 1988, *NJ* (1988), No. 987 y de 26 Abril 1988, *NJ* (1988), No.186)²⁰³

Las acciones civiles para la recuperación de activos, en el ámbito de la UE, pueden valerse del Reglamento en cuestión para la producción de pruebas, como realización de peritaciones, examen de testigos o reos, etc., fomentando el uso de la videoconferencia o de la teleconferencia.

En Brasil, existe la posibilidad de la presencia de autoridades extranjeras en la producción de pruebas en el territorio nacional, pero sin que haya ninguna interferencia de ellas en las providencias tomadas por las autoridades brasileñas²⁰⁴; es decir, no se puede obtener pruebas directamente, excepto con relación a las videoconferencias, los equipos conjuntos de investigación, las entregas vigiladas y los agentes encubiertos, que pueden generar la participación efectiva de autoridades extranjeras en territorio nacional, conforme se demostrará a seguir.

²⁰³ STESSENS, Guy. Op. cit., p. 285. Traducción del autor.

²⁰⁴ STF, Primera Turma, HC 89171 RJ, juzgado de 24/03/2009.

3.15.2 VIDEOCONFERENCIA Y TELECONFERENCIA

La videoconferencia internacional, autorizada por acuerdos multilaterales y bilaterales²⁰⁵, incluso entre Brasil y España²⁰⁶, permite, en situaciones específicas, la audiencia para oír testigos, peritos y reos directamente por las autoridades del Estado requirente en el territorio del Estado requerido, con la transmisión visual y sonora en tiempo real por internet.

Algunas condiciones para la videoconferencia internacional están muy bien resumidas por el profesor Nicolás Rodríguez, al comentar el art. 46.18 de la Convención de Mérida:

a) La disposición sobre la videoconferencia no es de cumplimiento obligatorio para los Estados Parte. Tiene que ser posible y compatible con los principios fundamentales del Derecho interno de los países requirente y requerido. Así lo tienen que tener establecido, bien con carácter general en sus ordenamientos internos o en acuerdos bilaterales o multilaterales sobre asistencia judicial que les unan en el asunto concreto, bien en las estipulaciones particulares que acuerden para un asunto en concreto; b) Su utilización se restringe a la prestación de declaraciones ante autoridades judiciales de otro Estado de testigos y peritos; c) La justificación de su uso radica en que no sea posible o conveniente que el testigo o perito comparezca personalmente en el territorio del Estado Parte requirente; d) El control jurisdiccional de su uso, ya que los Estados Parte podrán convenir en que la audiencia esté a cargo de una autoridad judicial del Estado Parte requirente y en que asista a ella una autoridad judicial del Estado Parte requerido; e) Aunque nada se dice de forma específica sobre quién debe sufragar los gastos derivados del uso de la videoconferencia, al ser excepcional y extraordinario no es justo que los costes corran a cargo del Estado Parte requerido. Es de suponer que cuando los países interesados en su práctica acuerden otros extremos de su realización también concreten quién, cuándo y cómo sufragará los gastos.²⁰⁷

²⁰⁵ Art. 46.18 de la Convención de Mérida; art. 18.18 de la Convención de Palermo; Art. 10 del CAJMP; Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia, celebrado en Mar del Plata, los días 3 y 4 de diciembre de 2010 (países firmantes: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, España, Panamá, Paraguay, Portugal, Rep. Dominicana y Ecuador).

²⁰⁶ Art. 17 del Convenio entre Brasil y España en materia penal: “Las Partes podrán convenir en la obtención de declaración a través de videoconferencia, con arreglo a las condiciones que se especifiquen en cada caso.” Brasil tiene la previsión de videoconferencia en los arts. 185, 217 y 222 del Código Procesal Penal, mientras que en España está prevista en el artículo 229.3 LOPJ, arts. 306, 325 y 731 bis LECRIM. El STJ ya defirió la inquirición de testigo por videoconferencia, a pedido del Estado español: “À vista dos documentos enviados pela Justiça espanhola (fls. 139/154), da manifestação do Ministério Público Federal (fl. 136) e do Ministério da Justiça (fl. 137), remetam-se os referidos documentos à 9ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária de São Paulo, a fim de se verificar a possibilidade de realização da oitiva da interessada por meio de videoconferência, conforme exequátur concedido nos autos desta comissão” (CARTA ROGATÓRIA Nº 4.151 - ES (2009/0102400-8) JUSROGANTE : NONA SEÇÃO DA AUDIÊNCIA PROVINCIAL DE BARCELONA; INTERES.: SUSANA CANO ARAÚJO).

²⁰⁷ GARCÍA, Nicolás Rodríguez. *Persecución y represión de la corrupción en los ámbitos mundial, iberoamericano y europeo: base normativa, principios y mecanismos de actuación en la asistencia*

Otro tipo de producción de pruebas extraterritoriales es la conferencia telefónica, dispuesta en el art. 11 del Convenio relativo a la asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la UE, del 29 de mayo de 2000, que así dispone:

(...) cuando una persona que se halle en el territorio de un Estado miembro deba ser oída como testigo o perito por las autoridades judiciales de otro Estado miembro, este último, cuando así lo disponga su Derecho interno, podrá solicitar la ayuda del primer Estado miembro para que la audición se realice por conferencia telefónica, tal como se establece en los apartados 2 a 5.

Vale mencionar que, para este tipo de prueba, es necesario el consentimiento del testigo o perito (art. 11.2. del mencionado Convenio). La teleconferencia también es fomentada en el art. 17.4 del Reglamento 1.206/2001.

3.15.3 EQUIPOS CONJUNTOS DE INVESTIGACIÓN

También tiene efectos extraterritoriales la actuación de los equipos conjuntos de investigación, sucintamente conceptuados como equipos mixtos de investigación creados sobre la base de un acuerdo entre dos o más Estados, con un objetivo específico y un período de vigencia limitado, para llevar a cabo investigaciones penales. La creación de estos equipos es autorizada por normas comunitarias e internacionales²⁰⁸, transpuestas por diversos Estados, como España²⁰⁹. Para mejor comprensión del tema, el manual de los equipos de investigación, elaborado por Eurojust²¹⁰ y Europol²¹¹, menciona las ventajas de tales equipos:

jurisdiccional penal internacional. In: GARCÍA, Nicolás Rodríguez *et al* (compilador). *Transparencia, acceso a la información y tratamiento penal de la corrupción*. 1ª edición, 2011, págs. 102-3.

²⁰⁸ Art. 49 de la Convención de Mérida, art. 19 de la Convención de Palermo; art. 13 CAJMP; DM 2002/465/JAI. Véase también el Informe COM (2004) 858 final sobre la DM 2002/465/JAI.

²⁰⁹ Ley 11/2003, de 21 de mayo, y la Ley Orgánica 3/2003, de 21 de mayo.

²¹⁰ Eurojust fue creada por la DM 2002/187/JHA y modificada por la DM 2009/426/JHA. Es tarea de Eurojust fomentar y mejorar la cooperación entre las autoridades nacionales en la investigación y persecución de las formas graves de delincuencia organizada y transfronteriza. Cada uno de los 27 Estados miembros de la UE nombra a un representante de alto nivel para trabajar en Eurojust, con sede en La Haya. Estos representantes son fiscales, jueces o funcionarios de policía de competencias equivalentes. Datos extraídos del website de Eurojust: <http://eurojust.europa.eu/Pages/languages/es.aspx>. Consultado en 20/02/2013.

Posibilidad de compartir la información directamente entre los miembros del equipo sin necesidad de solicitudes oficiales.

Posibilidad de solicitar medidas de investigación entre los miembros del equipo directamente, lo que evita la obligación de comisiones rogatorias. Este punto también se aplica a las solicitudes de medidas coercitivas.

Posibilidad de que los miembros estén presentes en registros, entrevistas, etc. en todas las jurisdicciones de que se trate, lo que contribuye a superar barreras lingüísticas en las entrevistas, etc.

Posibilidad de coordinar esfuerzos in situ, así como el intercambio informal de información especializada.

Posibilidad de establecer y potenciar un clima de mutua confianza entre profesionales procedentes de jurisdicciones y entornos de trabajo diferentes.

Un ECI –equipo conjunto de investigación– ofrece la mejor base para determinar las estrategias óptimas de investigación y de acusación.

Posibilidad de participación de Europol y Eurojust, que prestan ayuda y asistencia directa.

Posibilidad de solicitar financiación disponible de la UE, Eurojust o Europol.²¹²

La participación en un ECI contribuye a concienciar a los gestores y a mejorar los resultados de las investigaciones internacionales.²¹³

Como se observa, hay diversas formas de un Estado, representado por autoridades nacionales, producir u obtener pruebas directamente en el Estado extranjero, sin comisiones rogatorias, con la participación en peritaciones, declaraciones de testigos, interrogatorios, etc., siempre respetando la soberanía del Estado donde son producidas las pruebas. El equipo también puede practicar actos, incluso coercitivos, en todos los Estados representados por autoridades integrantes del equipo, de acuerdo con las legislaciones nacionales. Son esclarecedores, al respecto, los ejemplos citados por el mencionado manual europeo:

Un funcionario de policía neerlandés destinado a un ECI que actúe en Alemania podría pedir a sus colegas de la policía en los Países Bajos que ejecuten una orden de registro, expedida con arreglo a la legislación neerlandesa, en los Países Bajos en nombre del equipo conjunto. (...) un funcionario neerlandés puede pedir a su

²¹¹ Europol (Oficina Europea de Policía) facilita la cooperación entre las autoridades policiales, mediante el análisis e intercambio de informaciones. A pesar del nombre, no es una policía europea, sino funcionarios nacionales que actúan en la sede, en La Haya, y en las unidades de Europol en los Estados miembros de la UE. La Europol está reglamentada por la DM 2009/371/JAI.

²¹² EUROJUST Y EUROPOL. *Manual de los equipos conjuntos de investigación*. Bruselas, 4 de noviembre de 2011, 15790/1/11, p. 2-3.

²¹³ Ibidem, p. 11.

homólogo británico que solicite la intervención de un teléfono en el Reino Unido. No obstante, la posibilidad de utilizar ulteriormente esta información en el proceso dependerá siempre las dos legislaciones nacionales pertinentes, por lo que este tema debe estudiarse atentamente. (...) un miembro del equipo puede proporcionar información en relación con abonados, matrículas de coche y antecedentes penales de su país de origen directamente al equipo conjunto de investigación, sin tener que canalizar la información a través de los organismos centrales competentes a nivel nacional.

3.15.4 TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

Las técnicas especiales de investigación también pueden, en algunas situaciones, proporcionar la producción de pruebas directamente en el extranjero, referentes al producto de la corrupción, pero, en regla, en procedimientos penales. Éste es el caso de la entrega vigilada y de los agentes encubiertos, pues pueden permitir la participación directa de autoridades extranjeras en el Estado receptor de los bienes, desde que con su consentimiento y de acuerdo con su derecho interno.²¹⁴

Sobre la entrega vigilada relacionada a la recuperación de activos, es pertinente transcribir el art. 2.i. de la Convención de Mérida de 2003:

(...) por entrega vigilada se entenderá la técnica consistente en permitir que remesas ilícitas o sospechosas salgan del territorio de uno o más Estados, lo atraviesen o entren en él, con el conocimiento y bajo la supervisión de sus autoridades competentes, con el fin de investigar un delito e identificar a las personas involucradas en su comisión.

Los agentes encubiertos son de suma importancia para la localización de los bienes. Uno de los grandes problemas en la recuperación de activos es detectar el uso de testaferros. Un agente encubierto en Estado extranjero puede coleccionar directamente tales pruebas. Los criminales de la corrupción son movidos por la ganancia y el poder, de modo que les encanta ostentar a las personas próximas los bienes adquiridos ilegalmente, posibilitando la recuperación de activos.

Aún con relación a las técnicas especiales de investigación, no se puede dejar de

²¹⁴ Arts. 2.i, 20 y 29 de la Convención de Palermo; arts. 2.i y 50 de la Convención de Mérida; arts. 1.g y 11 de la Convención de Viena; arts. 12 y 14 del CAJMP.

mencionar las vigilancias electrónicas, concernientes a las intervenciones telefónicas y telemáticas, esencialmente a través de la internet, ya que, en casos específicos, pruebas producidas en el exterior pueden ser captadas por medio de los proveedores de servicios nacionales.²¹⁵

La comunicación por la internet es compleja (correos electrónicos, redes sociales, voz sobre IP-VOIP, etc.) y largamente utilizada por grupos criminosos. Para analizarse el Tribunal competente para pedir el rompimiento de las comunicaciones electrónicas, debe investigarse la ubicación de los proveedores que almacenan los datos, algunos ubicados en Estados Unidos, así como sus políticas de privacidad.²¹⁶

Se observa como la globalización, impulsada especialmente por los avances tecnológicos, demuestra que las barreras geográficas ya no son tan definidas, con informaciones en la nube o transmitidas por satélite en la órbita. De cualquier forma, estas intervenciones son fundamentales para analizar la localización, la titularidad y el origen de los bienes adquiridos ilegalmente. Es necesaria una mejor reglamentación en nivel mundial, sobre todo acerca de la comunicación por internet, para definir las jurisdicciones competentes y proporcionar celeridad en la obtención de las informaciones, con respeto al debido proceso legal, evitándose violaciones a la soberanía territorial y a la privacidad de las personas.

Es oportuno mencionar, con relación a las violaciones de la soberanía y a la privacidad, que, en Informe del Parlamento Europeo (2001/2098 – INI), se confirmó la existencia de un sistema de interceptación de las comunicaciones en ámbito mundial con la participación de Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, Australia y Nueva Zelandia, en el marco del Acuerdo UKUSA (sistema de interceptación ECHELON). Según el Informe, por este sistema, algunos mensajes enviados por teléfono, telefax, internet o correo electrónico podrían ser interceptados por satélite y por medio de palabras clave, de modo que no había solamente finalidades de seguridad nacional o mundial, sino intereses privados o económicos, incluso espionajes industriales.

²¹⁵ Véase: arts. 17 a 22 del CAJMP; Directivas 2002/19/EC, 2002/20/EC y 2002/58/EC.

²¹⁶ Para más informaciones, muy interesantes las observaciones de Francesco Cajani en la conferencia sobre cooperación contra el crimen cibernético, ocurrida en la *2012 Octopus Conference on Cooperation against Cybercrime*. Disponible en http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/cy_octopus2012/presentations/WS4_CAJANI_Technologies_and_Business_vs._Law-Cloud_computing_transborder_access_and_data_retention.pdf. Consultado en 02/03/2013

3.15.5 MEDIDAS UNILATERALES POR ESTADOS UNIDOS

También se constata la producción de pruebas con efectos extraterritoriales por medio de la práctica unilateral de medidas que repercuten en el exterior. Estados Unidos ejecutan estas medidas unilaterales en tres situaciones: 1) determinar que la sede o filial bancaria o empresarial situada en Estados Unidos presente datos bancarios o comerciales de la sede o filial en el exterior²¹⁷; 2) oír testigos en el exterior por medio de la respectiva embajada o consulado de Estados Unidos; 3) en casos excepcionales, determinar que un banco americano que posea una cuenta del banco extranjero obtenga los documentos pretendidos del banco extranjero, bajo la pena de multa superior a US\$ 10 mil o hasta que ellos terminen su relación bancaria - 31 U.S.C. par. 5318(k)²¹⁸.

Estados Unidos es duramente criticado en el ámbito internacional por estas conductas, por violación a la soberanía y a los principios correlativos, tales como la independencia nacional, no intervención, igualdad entre los Estados, defensa de la paz, solución pacífica de los conflictos y cooperación entre los pueblos.²¹⁹ Por eso, para cohibir estas medidas unilaterales, algunos países han editado leyes de bloqueo, que prohíben el cumplimiento de

²¹⁷ Con relación a los datos bancarios, la medida de intimación es llamada de “subpoena Nova Scotia”, que tiene como origen la intimación de la filial del banco “Nova Scotia”, en Miami, Florida, obligado a producir datos bancarios existentes en su filial en Bahamas, teniendo en cuenta la restricta ley de Bahamas sobre secreto bancario y la inexistencia de cooperación jurídica internacional (United States v. The Bank of Nova Scotia, 462 US 1119 – 1983). Ver MADRUGA, Antenor. *A decisão extraterritorial sem cooperação*. Disponible en <http://www.conjur.com.br/2011-jul-06/decisao-extraterritorial-nao-cumprida-acordo-cooperacao>. Consultado en 15/02/2013. En otro ejemplo, “un juez ordenó a los abogados estadounidenses de un banco extranjero, bajo penas de arresto, que aportaran al tribunal la información que sus clientes mantenían en el exterior”. Véase “US v. Bowe” 694 Fd 1256 (11o Circ.) 1982”. JORGE, Guillermo *et al. Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 43.

²¹⁸ “Section 5318(k) allows law enforcement agents to get bank records from a foreign bank that has a correspondent bank account in the United States. Almost all the banks in the world have a relationship with a bank in the United States, therefore, most bank records are theoretically within reach. The way it works is that the § 5318(k) subpoena is served on the correspondent bank in the United States. The foreign bank is then required to supply the records or the U.S. correspondent bank may face fines of up to \$10,000 per day or until they terminate their correspondent banking relationship. These subpoenas are administrative and can only be issued by the Secretary of the Treasury, the Assistant Attorney General of the Criminal Division, or the U.S. Attorney. Before any 5318(k) subpoena can be issued, it must first be approved by the Director of the OIA, who will consult with the Chief of the Asset Forfeiture and Money Laundering Section (AFMLS), as well as the Treasury and State Departments. Approval for such subpoenas has been granted only in a handful of cases because the preferred method of obtaining information concerning foreign bank accounts is through the MLAT process.” HAMPTON, Alan. *Sources of information in a financial investigation*. In: US Department of Justice. *Money laundering*. vol. 55, nº 5, 2007, p. 51.

²¹⁹ MADRUGA, Antenor. *A decisão extraterritorial sem cooperação*. Disponible en <http://www.conjur.com.br/2011-jul-06/decisao-extraterritorial-nao-cumprida-acordo-cooperacao>. Consultado en 15/02/2013.

las órdenes unilaterales de Estados Unidos para obtención de pruebas ubicadas en sus territorios; o los propios Tribunales impiden la entrega de las pruebas requeridas unilateralmente por Estados Unidos. Por ejemplo:

(...) en el famoso caso de Mark Rich, un juez estadounidense ordenó a la filial de Nueva York de la empresa que presentara al tribunal una serie de documentos que estaban en poder de la filial suiza de la empresa, imponiéndole una multa diaria de U\$S 50.000 por cada día de incumplimiento. Antes de que la filial suiza entregara los documentos, el Gobierno suizo reaccionó invocando una transgresión a su soberanía y ordenó el secuestro de los documentos, impidiendo de ese modo la producción de la información en la Corte estadounidense. En otro tramo del mismo caso, otro juez estadounidense ordenó al Banco Citibank de Nueva York que entregara al Tribunal unos documentos de la empresa Mark Rich que estaban en poder de Citibank New York, y que la filial de Londres tenía en custodia. La empresa Mark Rich pidió a un juez de Londres que ordenara a la filial de Citibank de Londres que se abstuviera de entregar la información fundado en su carácter de depositario bancario de los documentos.²²⁰

Guy Stessens arguye que es de lamentar que los tribunales estadounidenses, en algunos casos, no hayan respetado las reglas internacionales, registrando que, aparentemente, sólo el Distrito de Columbia Circuit Court se niega a defender citaciones dirigidas a las sucursales estadounidenses de bancos extranjeros respecto a los documentos depositados en el extranjero. Argumenta que, si una persona que tiene cuenta bancaria en un banco en el país X, tiene el derecho a la confianza de que su cuenta será reglamentada por las leyes del país X, incluyéndose las reglas de confidencialidad y secreto bancario²²¹

Por otra parte, los tribunales estadounidenses argumentan que el banco extranjero opta voluntariamente para mantener negocios en el territorio norteamericano; así, acepta el riesgo de órdenes judiciales contradictorias entre dos países, especialmente porque no podría obtener los beneficios económicos sin someterse a las reglas estadounidenses.²²² De todos modos, el propio Departamento de Justicia de Estados Unidos reconoce que los mencionados actos unilaterales son polémicos y criticados por otros países, razón por la cual determina que sus procuradores obtengan autorización interna previa para la utilización de tales actos, en los siguientes términos:

²²⁰ JORGE, Guillermo *et al.* *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

²²¹ STESENS, Guy. Op. cit., p. 325 y 329.

²²² United States v. Bank of Nova Scotia, 691 F.2d 1384 (11th Circ. 1982), cert.denied, 462 US 1119 (1983) (Nova Scotia I), *apud* STESENS, Guy. Op. cit., págs. 326

(...) dado que el uso de medidas unilaterales compulsorias puede afectar negativamente la relación con autoridades extranjeras, todos los procuradores federales deben obtener autorización escrita por medio del OIA (Gabinete de Asuntos Internacionales) antes de emitir cualquier intimación a personas o entidades en los Estados Unidos para pruebas localizadas en el exterior.²²³

Se menciona otro acto unilateral con efectos extraterritoriales practicado por Estados Unidos, referente a un testigo en territorio norteamericano obligado a declarar informaciones sobre datos protegidos en el exterior. En esta situación, Guy Stessens entiende que no habría violación a las reglas internacionales, pues si un Estado tiene la jurisdicción personal sobre un individuo, tiene derecho a exigir a la persona que cumpla con sus leyes procesales (*locus regit actum*), contestando a las preguntas formuladas. Se añade que, en el caso del banquero inquirido sobre datos bancarios en el exterior, él es, en regla, tercero en el hecho criminoso; por eso, no podría alegar el derecho a la prohibición de autoincriminación para no declarar, tampoco podría ser procesado por levantamiento ilegal del secreto bancario en el Estado del banco, por faltar el requisito de la doble incriminación (no es crimen en el Estado donde la prueba fue exigida).²²⁴

En todos estos casos, se verifica que existe la posibilidad de problemas diplomáticos entre los Estados. Lo ideal sería el consenso entre los Estados para la obtención de la prueba, por medio de las vías normales de cooperación, basadas en tratados, en la reciprocidad o hasta en la voluntariedad del Estado requerido, sin imponer medidas unilaterales. No obstante, se constata la práctica de estos actos unilaterales con relación a los paraísos fiscales o países no cooperadores, que dificultan la obtención de la prueba, justificando, en situaciones excepcionadísimas, medidas unilaterales. Además, se resalta la posición de dominio de Estados Unidos en el escenario internacional, que propicia, en algunos casos, el uso razonable de medidas unilaterales; pero, en muchos otros, se verifica el abuso en la utilización de esas medidas.²²⁵

²²³ Criminal Resources Manual – 279 Subpoenas. Traducción adaptada.

²²⁴ STESENS, Guy. Op. cit., págs. 326/328

²²⁵ Véase MORO, Sergio Fernando. *Cooperação jurídica internacional em casos criminais: considerações gerais*. In: JÚNIOR, José Paulo Baltazar (organizador). *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, P. 56.

4 DECOMISO

4.1 DEFINICIÓN SUPRANACIONAL

Sobre el concepto internacional de decomiso, así define el art. 2.g de la Convención de Mérida de 2003: “por decomiso se entenderá la privación con carácter definitivo de bienes por orden de un tribunal u otra autoridad competente”. De forma idéntica también dispone el art. 1.f de la Convención de Viena de 1988 y el art. 2.g de la Convención de Palermo de 2000. Aunque estas convenciones traten de delitos, se nota que los decomisos no son restrictos a las acciones penales, ya que se menciona sobre la orden de un tribunal u otra autoridad competente, sin mención a procedimientos penales, abarcando, por consecuencia, decomisos en procesos civiles o administrativos.

En cambio, las normas comunitarias definen el decomiso, en términos generales, como la privación definitiva de bienes por orden de un órgano jurisdiccional a raíz de un procedimiento relacionado con una o varias infracciones penales (art. 1.d del Convenio de Estrasburgo de 1990, art. 1.d del Convenio de Varsovia de 2005; art. 1 de la DM 2005/212/JAI art. 2.c de la DM 2006/783/JAI). La Comisión Europea entiende que falta una normativa europea sobre el decomiso civil o administrativo, pues las normas relacionan el decomiso con causas penales²²⁶, excepto la DM 2005/212/JAI, que en su art. 2.2 permite que, “por lo que respecta a las infracciones fiscales, los Estados miembros podrán aplicar procedimientos distintos de los penales con el fin de privar al autor del producto de la infracción.”

Por lo tanto, el Parlamento Europeo y la Comisión Europea manifestaron la necesidad de reglamentar en el ámbito de la UE el decomiso sin condena, para facilitar el reconocimiento mutuo entre los Estados miembros, teniendo en cuenta su creciente utilización, sobre todo en los países que aplican el *common law*. También se recomendó la

²²⁶ “La Decisión marco 2006/783/JAI parece aplicarse únicamente a las resoluciones de decomiso dictadas en el marco de una causa penal. Por consiguiente, las decisiones dictadas en el marco de procedimientos de decomiso de carácter civil o en un uso ampliado de competencias fiscales no se ejecutarían necesariamente en todos los Estados miembros. La cuestión del reconocimiento mutuo es muy pertinente, ya que estos procedimientos se utilizan cada vez más, especialmente en los países que aplican el Common Law, y están resultando ser herramientas muy efectivas a la hora de perseguir los productos de las actividades de la delincuencia organizada. Comunicación de la Comisión. *Productos de la delincuencia...* (op.cit.), de 20/11/2008 - COM(2008) 766 final.

elaboración de una norma que reglamente mejor el decomiso de terceros y el decomiso ampliado.²²⁷ Por consiguiente, se elaboró la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el embargo preventivo y el decomiso de los productos de la delincuencia en la Unión Europea, del 12/03/2012 - COM(2012) 85 final, previendo los referidos tipos de decomiso, que serán comentados en el próximo ítem.

La legalidad o constitucionalidad de las leyes de decomiso son cuestionadas en muchas jurisdicciones y tribunales extranjeros. Los debates incluyen la protección de los derechos de propiedad y la aplicación de las garantías fundamentales del proceso penal, como la presunción de inocencia, el derecho a ser oído ante un tribunal penal, los derechos contra la autoincriminación, la prohibición del *bis in idem* y la irretroactividad de las leyes sobre el decomiso.

Muchos de estos debates se han centrado en la cuestión de que si el decomiso debe considerarse como una sanción penal u otra medida. Si se trata de una sanción penal, el procedimiento sería atraer las garantías del proceso criminal; si no es una medida penal, el ámbito de aplicación se expande y puede incluir el decomiso por las vías administrativas, civiles o penales, la aplicación retroactiva de leyes de decomiso (desde que con previsión expresa²²⁸), la doble persecución (no la doble ejecución), el uso de presunciones relativas y la distribución dinámica de la carga de la prueba, resaltándose que muchas jurisdicciones y normas internacionales permiten presunciones relativas, incluso, para determinados delitos, como el enriquecimiento ilícito.²²⁹

En última instancia, diversos tribunales han adoptado un enfoque que permite un mayor alcance de aplicación del decomiso, sin aplicación de algunas garantías penales, sobre la base de que los derechos fundamentales, incluso el derecho de propiedad, no son absolutos, los cuales ceden frente a las actividades delictuosas, para atender al interés público y a la

²²⁷ Informe del Parlamento Europeo sobre la delincuencia organizada en la Unión Europea, de 06 de octubre de 2011 - (2010/2309(INI)); Comunicaciones de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. *Productos de la delincuencia...* (op. cit.), de 20/11/2008 COM(2008) 766 final; y *La Estrategia de Seguridad Interior de la UE en acción: cinco medidas para una Europa más segura*. Bruselas, 22/11/2010 COM (2010) 673 final.

²²⁸ La Ley modelo para Latinoamérica sobre extinción de dominio de la UNODC permite la retroactividad de la ley de decomiso: “Artículo 3. Retroactividad. La extinción de dominio se declarará con independencia de que los presupuestos para su procedencia hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia de esta Ley.”

²²⁹ BRUN Jean-Pierre et al. *Asset Recovery Handbook: a guide for practitioners*. Banco Mundial y UNODC, 2011, p. 104, con traducciones adaptadas y algunas modificaciones.

justicia, de acuerdo con los principios de la razonabilidad y proporcionalidad, y siempre con observancia al debido proceso legal.

Además, el TEDH ha sostenido que, cuando el importe se limita a los instrumentos y productos del delito, y no pueden ser sustituidos por el encarcelamiento, sino por otras medidas de valor económico, el decomiso tendrá un carácter correctivo, no de sanción penal. Por eso, no serían aplicables algunas garantías propias del proceso penal, como la presunción de inocencia, permitiendo la distribución dinámica de la carga de la prueba (ver: Welch contra el Reino Unido, N ° 17440/90 - TEDH, 9 de febrero de 1995; Philips contra el Reino Unido, N ° 41087/98 - TEDH, 5 de julio de 2001; mayordomo contra el Reino Unido, N ° 41661 / 98 - TEDH, 27 de junio de 2002).²³⁰

4.2 MODALIDADES DE DECOMISO

A pesar de que el presente trabajo esté dirigido a la cooperación civil internacional, cumple explicar, aunque brevemente, los tipos de decomiso previstos en normas internacionales, incluso penales, para situar e interpretar la modalidad civil de decomiso de la mejor forma posible. Así, los decomisos pueden estar divididos en: 1) decomiso de los productos del crimen; 2) decomiso de los instrumentos del crimen; 2) decomiso del valor, 3) decomiso ampliado, 4) decomiso no basado en condena; y 5) decomiso de terceros. Se comentará cada uno de ellos adelante.

De antemano, se registra que las normas comunitarias e internacionales describen con detalles las referidas modalidades de decomiso, como los bienes entremezclados, transformaciones, ganancias, etc., al contrario de muchas normas nacionales, que suelen describir de forma más genérica. De todos modos, hay un denominador común y genérico entre los Estados de que el producto del delito son los bienes derivados directa o indirectamente del crimen. En este contexto normativo, tales normas supranacionales, con fuerza de ley doméstica por muchos Estados que las ratificaron, son rica fuente para interpretar las normas puramente nacionales sobre las hipótesis de incidencia del decomiso, para, incluso, admitir algunas hipótesis de decomiso no dispuestas expresamente, como el

²³⁰

Ibídem.

decomiso del valor y de las ganancias brutas, conforme será demostrado más adelante.²³¹

4.3 DECOMISO DEL PRODUCTO DEL DELITO Y DE SUS INSTRUMENTOS

El decomiso de los productos del crimen se refiere a “los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito”²³². Los bienes derivados indirectamente del delito son ingresos o beneficios que no se realizarían si no fuera por la comisión de un delito. La definición es muy amplia, por eso comprende: 1) las ganancias brutas del delito (sin descontar las inversiones para su ejecución); 2) las transformaciones, conversiones o reinversiones del bien, incluso sus ingresos o beneficios²³³.

De acuerdo con Isidoro Blanco Cordero, prevalece el entendimiento del decomiso de las ganancias brutas con base en las Convenciones de la ONU y en el Convenio de Varsovia de 2005, pues conceptúan el producto del delito de forma amplia (bienes derivados indirectamente del delito). Alega tres argumentos a favor de las ganancias brutas: 1) “lo justo es que quien comete un delito no pueda enriquecerse de él y, además, debe asumir el riesgo de perder los bienes invertidos”; 2) carácter disuasorio del comiso, para que el delito no sea provechoso; 3) dificultades del cálculo sobre las inversiones para cometer el delito. También menciona que la ley estadounidense *Fraud Enforcement and Recovery Act of 2009* adopta el decomiso de ganancias brutas, así como la jurisprudencia española y belga. Sin embargo, alude que parte de la doctrina alemana está a favor del decomiso de las ganancias netas (se descuentan las inversiones para cometer el delito), para que no sea una pena más al delincuente, tampoco genere un enriquecimiento sin causa del Estado. De todos modos, Cordero está de acuerdo con las ganancias netas solamente en los casos de contratos administrativos: si el contrato es lícito, aunque anulable, no serán decomisables los costes lícitos en la ejecución del contrato (descuenta costes con materiales, empleados e impuestos),

²³¹ En este sentido, véase: MORO, Sérgio Fernando. *Regras sobre confisco criminal*. Direito e Justiça - diário Correio Braziliense – 05 de junio de 2007.

²³² Art. 2.e) de la Convención de Mérida de 2003; art. 2.e) de la Convención de Palermo de 2000; y art. 1.p) de la Convención de Viena de 1988.

²³³ Art. 31.5.6 de la Convención de Mérida de 2003; art. 5.6.c) de la Convención de Viena de 1988; art. 12.5 de la Convención de Palermo de 2000; art. 5.c) de la Convención de Varsovia de 2005; Art. 2.1 de la Propuesta de Directiva de 12.3.2012, COM(2012) 85 final.

para que no haya enriquecimiento sin causa del Estado. Esta excepción es adoptada por Suiza, Italia y Alemania (principio de ganancias netas matizado).²³⁴

Con relación a las revalorizaciones del bien, según Cordero, “la cantidad en la que se revaloriza el bien ha de ser considerada también manchada, tanto si la revalorización ha sido consecuencia del transcurso del tiempo, como si ha sido consecuencia de la pericia del poseedor de los bienes manchados”, como la actuación de un especialista en bolsa de valores. A título de excepción, se menciona el bien transformado en una nueva cosa por el trabajo legal del hombre (lo que se llama de especificación), y que esta nueva cosa sea superior en valor al bien transformado, como la pintura en una tela robada. De cualquier forma, el dueño de la tela (cosa originaria) debe ser indemnizado (art. 383 del Código Civil español).²³⁵

Aún sobre el decomiso del producto del delito, cuando este se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes serán objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado, incluyendo sus ingresos o beneficios.²³⁶ Aunque sea lo más justo decomisar únicamente los bienes derivados del delito, cuando se trata de bienes mezclados, la prueba para separar los bienes ilícitos será de difícil producción, de modo que en muchos casos deberá ser producida de acuerdo con la proporcionalidad y el caso concreto, llevándose en cuenta la desproporción entre bienes y renta lícita comprobada, juntamente con otros indicios, para que no se discuta sobre la inversión de la carga de la prueba.

Con respecto al decomiso de los instrumentos del delito (*instrumentum sceleris*), en el derecho español, éste se refiere a las cosas necesarias para la preparación o ejecución del delito doloso, y está fundamentado en la peligrosidad del instrumento para la sociedad, a fin de evitar su utilización para nuevos delitos.²³⁷ Ya en Brasil, solamente pueden ser decomisados los instrumentos del delito de uso o porte ilícitos (como armas, monedas falsas, máquinas para falsificar, etc.), de modo que los instrumentos de uso y porte lícitos no son decomisables (vehículos, inmuebles, etc.), con excepción de los vehículos, inmuebles u otros

²³⁴ CORDERO, Isidoro Blanco. *El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?* Diario la Ley, Año XXXII, Número 7569, Martes, 15 de febrero de 2011.

²³⁵ CORDERO, Isidoro Blanco. *El delito de blanqueo de capitales*. Editorial Arazandi, 2012, e-book, 31.8%

²³⁶ Art. 31.5 de la Convención de Mérida; art. 5.6.b) del Convención de Viena y el art. 12.4 de la Convención de Palermo.

²³⁷ DOMÍNGUEZ, Ana Isabel Cerezo. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Granada, 2004, págs. 39-40. Véase art. 127 del Código Penal español.

instrumentos utilizados para el tráfico de drogas.²³⁸

Finalmente, el art. 128 del Código Penal Español y el § 74 del Código Penal Alemán disponen sobre el principio de la proporcionalidad para efectos de decomiso del producto del delito o de sus instrumentos, cuando sean de lícito comercio, bien como cuando haya una desproporción entre el valor del objeto y la naturaleza o gravedad de la infracción penal. En esta línea de raciocinio, la jurisprudencia española entiende que es desproporcional decomisar vehículos cuando se transporta pequeña cantidad de droga, llevándose en cuenta que el vehículo no sería necesario para cometer el delito.²³⁹ La Comisión de las Comunidades Europeas afirmó que cualquier decomiso está susceptible de recurso, y debe ser razonable y proporcional, citando las decisiones del TEDH Welch/RU, n.º 17440/90 (9 de Febrero de 1995) y Philips/RU, n.º 41087/98 (5 de Julio de 2001).²⁴⁰

4.4 DECOMISO DEL VALOR

El decomiso del valor es algo necesario justamente porque los agentes criminosos suelen transferir los productos del delito para personas o lugares frecuentemente desconocidos, o dilapidan los bienes ilícitos. Entonces, se decomisan otros bienes, incluso lícitos, cuyos valores equivalen al producto delictuoso, permitido por diversas normas supranacionales²⁴¹. Se puede interpretar de la normativa internacional la posibilidad de decomisar directamente bienes lícitos, o solamente obligar a quien se enriqueció ilícitamente a

²³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. Editora Revista dos Tribunais, 7ª edición, 2011, p. 567. Ver art. 91 del Código Penal brasileño y art. 243 de la Constitución Federal (confisco de bienes, incluso inmuebles, relacionados al tráfico de drogas).

²³⁹ DOMÍNGUEZ, Ana Isabel Cerezo. Op. cit., págs. 40-41.

²⁴⁰ Comisión de las Comunidades Europeas, el 26/4/2006, COM(2006) 174 final. “Libro verde: la presunción de inocencia”.

²⁴¹ Art. 31.1.a) de la Convención de Mérida de 2003; art. 12.1 .a) de la Convención de Palermo de 2000; art. 3.3 de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, de 1997 (en adelante, Convención de la OCDE de 1997); art. 5.1.a) de la Convención de Viena de 1988; art. 2.1 de la Convención de Estrasburgo de 1990; art. 3.1. de la Convención de Varsovia de 2005; art. 127.2, 374.4 y 374.5 del Código Penal español. Brasil no tiene previsión expresa sobre el decomiso del valor, pero la doctrina especializada brasileña lo admite con base en los referidos tratados internacionales, ratificados por Brasil. MORO, Sérgio Fernando. *Regras sobre confisco criminal*. Direito e Justiça - diario Correio Braziliense – 05 de junio de 2007.

pagar determinada cantidad de dinero (obligación *in personam*)²⁴², por estimación del producto del delito y de acuerdo con el principio de la proporcionalidad.²⁴³

Se añade que algunos Estados, por cuestiones de soberanía, no reconocen decisiones de decomiso sobre bienes ubicados en su territorio –así, el decomiso del valor puede ser útil para huir de esta regla nacional²⁴⁴. Hay dos posibilidades en este caso: 1) buscar el reconocimiento de una decisión nacional que determina el decomiso del valor equivalente²⁴⁵; 2) entablar directamente en el Estado receptor una acción civil para recuperar los activos (auxilio directo o recuperación directa).

Los hechos de corrupción, si consumados, causan innumerables daños, con destaque para el daño económico. Así, es importante que, antes de la actuación directa del Estado víctima en los Tribunales extranjeros, sea elaborada la liquidación de sus perjuicios financieros, por tener un contacto más próximo con la prueba de los daños. De esta forma, se puede cuantificar los valores que serán cobrados en el Estado receptor de los bienes, y así buscar la reparación del daño con cualquier bien del corrupto (lícito o ilícito), ya que no importa el origen de estos bienes, en razón de la exacta cuantificación del perjuicio.²⁴⁶

Sin embargo, es más eficaz decomisar un bien de valor equivalente en el Estado víctima que buscar la cooperación internacional junto al supuesto Estado receptor de los productos del delito, teniendo en cuenta que los bienes ilícitos se mueven rápidamente alrededor del mundo. En este caso, decomisar bienes lícitos en el Estado víctima no viola el

²⁴² JORGE, Guillermo *et al.* *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 101.

²⁴³ “El StGB alemán admite esta posibilidad cuando en el parágrafo 74 dispone que en estos casos se decretará el comiso de una cantidad monetaria por un importe similar al valor de los objetos.” MONTALVO, José Antonio Choclán. *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*. Madrid: Ed. Dykinson, 2001, p. 46.

²⁴⁴ Sin embargo, no reconocer el decomiso extraterritorial está en desconformidad con las reglas internacionales (ver ítem 3.14).

²⁴⁵ “Al proponer una ley que permita la ejecución de veredictos extranjeros de decomiso, es importante permitir la ejecución de veredictos extranjeros sobre dinero porque no todos los veredictos de decomiso se dirigen contra propiedad específica. Si los activos criminales se han gastado o no pueden localizarse, algunas jurisdicciones permiten la emisión de veredictos contra activos sustitutos o un veredicto sobre dinero”. *Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Banco Mundial y UNODC, 2009, p. 108

²⁴⁶ Es permitido el decomiso del valor aunque no haya previsión legal expresa, sea porque las normas internacionales permiten, sea porque será impuesto una condena por valores equivalentes, sin enriquecimiento del Estado. Ver BRUN Jean-Pierre *et al.* *Asset Recovery Handbook: a guide for practitioners*. Banco Mundial y UNODC, 2011, p. 117. MORO, Sérgio Fernando. *Regras sobre confisco criminal*. Direito e Justiça - diario Correio Braziliense – 05 de junio de 2007.

derecho de propiedad del agente criminoso, tampoco hay enriquecimiento ilícito por parte del Estado, pues serán decomisados solamente los bienes de valor equivalente. Sin embargo, el Estado receptor, antes de decomisar los bienes ilícitos, debe compensar los valores decomisados en el Estado víctima (principio de toma en consideración), para que no haya doble ejecución (*ne bis in idem*), como disponen las legislaciones de Holanda, Inglaterra y Suiza²⁴⁷, así como el art 12 de la DM 2006/783/JAI.

4.5 DECOMISO DE TERCEROS

Este decomiso es fundamental en el tema de recuperación de activos, ya que difícilmente el sujeto activo de la corrupción mantiene bienes en su nombre (lícitos o ilícitos) y, seguramente, éstos serán transferidos rápidamente para empresas o personas de su confianza, en regla sus parientes próximos o allegados, y de preferencia en el exterior, para dificultar aún más. Por otra parte, debe ser protegido el derecho de buena fe del tercero²⁴⁸, notificándose todos los afectados por el pretendido decomiso.

El grave problema del uso de terceros para impedir el decomiso de bienes hizo con que la DM 2005/212/JAI, en su art. 3.3, recomendara a los Estados miembros estudiar la posibilidad de decomisar, parcial o totalmente, los siguientes bienes:

(...) adquiridos por los allegados de la persona de que se trate y de bienes transferidos a una persona jurídica sobre la que la persona de que se trate ejerza un control efectivo individualmente o junto con sus allegados. La misma regla será de aplicación si la persona interesada recibe una parte considerable de los ingresos de la persona jurídica.²⁴⁹

Esta DM adopta la teoría del control, por la cual el acusado tiene el control o disfruta

²⁴⁷ STESENS, Guy. Op. cit., p. 81

²⁴⁸ Art. 31 de la Convención de Mérida de 2003: “Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe”. Se recuerda que la buena fe es presumida, y la mala fe debe ser probada.

²⁴⁹ De acuerdo con el informe de la Comisión COM(2007) 805 final, sobre la implantación del decomiso de terceros (allegados o empresas) previsto en la referida DM 2005/212/JAI, se revela que “los Estados miembros que aplican esta disposición, en su totalidad o en parte, son al menos los siguientes: Bélgica, Bulgaria, Chequia, Dinamarca, Estonia, Finlandia.”

los bienes transferidos para sus allegados o empresas, muchas veces por medio de un mandato público o particular otorgado para el testamento, o una póliza de seguro en el nombre del acusado, lo cual revela ser el verdadero propietario de los bienes.²⁵⁰

No obstante la recomendación dispuesta en la referida DM sobre decomiso de terceros, se constata que no hay una reglamentación europea sobre los supuestos mínimos para el decomiso de terceros, sino solamente parámetros genéricos, como proteger a los terceros de buena fe y analizar la transferencia de bienes para los allegados. Por esta razón, el art. 6 de la Propuesta de Directiva de 12/03/2012 describe detalladamente y con objetividad las hipótesis de decomiso de terceros, sobre dos bases principales: 1) probablemente no prosperará el decomiso de bienes del acusado; 2) los productos o bienes se hubieran transferido de forma gratuita o a cambio de un importe inferior a su valor de mercado, y el tercero conocía su origen ilícito o, de no conocerlo, una persona razonable en su misma situación habría sospechado que su origen era ilícito, basándose en hechos y circunstancias concretas.²⁵¹

Se vuelve a destacar que los parientes, allegados y empresas del autor del delito son utilizados con frecuencia como testamentos²⁵². Estas personas deben ser investigadas para verificar si no hay un incremento injustificado de patrimonio. La desproporción entre bienes y

²⁵⁰ Interesante la STC 220/2006, de 3 de julio de 2006, sobre el decomiso de bienes de terceros (testamentos), relacionados al tráfico de drogas, bajo los siguientes argumentos: “en cuanto al Mercedes 500 y a la motocicleta Kawasaki ZXR110”, “en ambos casos, por las declaraciones vertidas en juicio por los citados, se trata de una titularidad ficticia”, añadiendo que, con relación a la motocicleta, “por más que su titular dijera que le pertenecía, fue hallado en el domicilio del acusado la póliza de seguro en la que él mismo figuraba como tomador del seguro y propietario del vehículo”; y por lo que se refiere al Porsche 911, “si bien su titular no compareció en juicio, por las declaraciones evacuadas por los miembros de la policía nacional que realizaron los seguimientos del acusado, este vehículo era habitualmente utilizado por él y, curiosamente, su propiedad no ha sido localizada”. Se registró la desproporción entre los bienes y la renta del acusado, con base en “el informe de la Seguridad Social, justificativo de que el acusado no desarrolló actividad desde 1991, hecho comprobado en los últimos tiempos por la propia policía”.

²⁵¹ EUROJUST hace dos sugerencias sobre el decomiso de terceros previsto en el art. 6 de la Propuesta de Directiva de 12.03.2012: “1) as a possible amendment the presumption that any asset held by heirs or close friends has been transferred if the owner cannot explain the licit origin of those assets; 2) to keep the concept of « controlling influence » in the Proposal and make it obligatory rather than optional.” EUROJUST. *Presentation of the Eurojust opinion on the proposed Directive on the Freezing and confiscation of proceeds of crime in the European Union*. 11 de febrero de 2013.

²⁵² “En la STS de 2 de octubre de 1991 (RJ 1991, 6878) se considera procedente el comiso de unos saldos de una cuenta corriente a nombre de la madre de los condenados, con fundamento en la prueba de que el dinero de las cuentas procedía de la venta de drogas y, aunque se llevó a cabo una cesión a título gratuito, en definitiva se trataba de un negocio jurídico nulo de pleno derecho conforme a los arts. 6.3. y 1305 Ce. En último término se acordó que de alguna manera se trataba de una participación lucrativa en los efectos del delito —que contemplaba el art. 108 del anterior Código penal y actualmente el art. 122— determinante de un enriquecimiento injusto”. DOMÍNGUEZ, Ana Isabel Cerezo, *Análisis Jurídico-Penal*. Op. cit., p. 61.

renta de estas personas es un fuerte indicio de la transferencia indebida de patrimonio por parte del deudor corrupto, a la par de la proximidad de la relación entre ellos, basada en la confianza. Los indicios pueden ser reforzados por otras pruebas, como los mencionados mandatos otorgados para los testafierros, pólizas de seguro en el nombre del acusado, posesión de los bienes, etc., para revelar quien es el real propietario de los bienes.

Se observa que, caso el tercero adquiera o reciba el producto del delito, con conocimiento del origen ilícito, él será responsable por el delito de receptación o de blanqueo de capitales²⁵³, que asimismo permiten el decomiso del objeto de la acción.²⁵⁴ Sin embargo, la prueba para la condena debe ser “más allá de toda la duda razonable”, por eso pueden ser más rápidas y eficaces acciones civiles para analizar las eventuales ilegalidades en las transferencias del bien, evitándose el enriquecimiento sin causa.

En adición, hay innumerables casos en que el tercero recibe a título gratuito, o adquiere, por precio del mercado, el producto del delito o hasta bienes lícitos del autor del crimen, perjudicando a los acreedores, sin buscar saber si hay alguna acción penal o civil contra el deudor (a veces basta una sencilla búsqueda en el *Google* para descubrir mucha cosa). Los corruptos más conocidos suelen tener diversas acciones, civiles y penales, sin ningún bien en su nombre. Luego, puede ocurrir que el tercero no responda por una acción de blanqueo o receptación por desconocimiento del origen delictuoso del bien; sin embargo, podrá sufrir los efectos del decomiso, si haya tenido la posibilidad de saber que el vendedor pretendía perjudicar a sus acreedores, con la enajenación de sus bienes, teniendo como parámetro el comportamiento de una persona razonable en la misma situación.

En esta área, sobresalen los institutos civiles del levantamiento del velo de la entidad jurídica (para alcanzar los bienes de socios o grupos económicos informales)²⁵⁵, el fraude de

²⁵³ Diferencia entre el blanqueo de dinero y receptación en el derecho español: la diferencia es que la receptación exige ánimo de lucro, y el delito previo es contra el patrimonio o el orden socioeconómico; ya el blanqueo de capitales no exige ánimo de lucro y el delito previo se refiere a cualquier infracción penal. (ROS, Juan Francisco Fernández. *Algunas notas sobre la Reforma del Código Penal sobre el comiso y el blanqueo de capitales*. Artículo publicado en Noticias Jurídicas, en marzo de 2011. Disponible en <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/201103-8257512545215963.html>. Consultado en 16/03/2013).

²⁵⁴ MONTALVO, José Antonio Choclán. *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*. Madrid: Ed. Dykinson, 2001, p. 56.

²⁵⁵ En España, el levantamiento del velo está fundamentado en construcción doctrinaria e jurisprudencial, teniendo como sentencia “histórica” la STS de 28 de mayo de 1984, la cual define que el levantamiento del velo es una técnica judicial basada en varias reglas jurídicas: 1) fraude de ley; 2) abuso del derecho; 3) buena fe; 4) equidad (art. 3º.2 del CC); 5) fraude de acreedores; 6) simulaciones (principalmente el uso de testafierros). En

acreedores (para anular negocios jurídicos fraudulentos)²⁵⁶, simulaciones (principalmente el uso de testaferros) y abusos del derecho, que son previstos en la mayoría de las legislaciones o jurisprudencias del mundo, y que pueden resolver la legalidad (o ilegalidad) de transferencias de bienes para terceros, sin considerar los aspectos penales, que son mucho más sensibles que las acciones civiles, especialmente con relación al estándar de prueba y los requisitos que deben ser probados para una condenación.

El TEDH admite el uso de acciones civiles para decomisar bienes de terceros, desde que se respeten las garantías de los derechos civiles en general y de la propiedad privada en particular, como el derecho al contradictorio, al recurso y a la representación por un abogado (Ver la decisión del Tribunal Europeo en el caso “Agosi vs. United Kingdom”, 24 de octubre de 1986, n° 9118/80)²⁵⁷.

El Tribunal Constitucional de Colombia, en la Sentencia C-740/03, analizando la buena fe de terceros afectados por la acción de extinción de dominio, requiere el cumplimiento de los siguientes elementos:

- a) Que el derecho o situación jurídica aparentes, tenga en su aspecto exterior todas las condiciones de existencia real, de manera que cualquier persona prudente o diligente no pueda descubrir la verdadera situación. La apariencia de los derechos no hace referencia a la acreencia subjetiva de una persona, sino a la objetiva o colectiva de las gentes (...)
- b) Que la adquisición del derecho se verifique normalmente dentro de las condiciones exigidas por la ley; y
- c) Finalmente, se

Brasil, el levantamiento del velo tiene previsión, entre otros, en el art. 50 del Código Civil: “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

²⁵⁶ Artículo 1297 del Código Civil español: “Se presumen celebrados en fraude de acreedores todos aquellos contratos por virtud de los cuales el deudor enajenare bienes a título gratuito. También se presumen fraudulentas las enajenaciones a título oneroso, hechas por aquellas personas contra las cuales se hubiese pronunciado antes sentencia condenatoria en cualquier instancia o expedido mandamiento de embargo de bienes.” Arts. 158 y 159 del Código Civil brasileño: “Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos. Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.” En Brasil, hay un caso de ineficacia de enajenación del bien durante un proceso cautelar, de conocimiento o de ejecución, que no depende de la acción pauliana, llamado de “fraude a la ejecución”, dispuesto en el art. 593 del Código Procesal Civil: “Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens: I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real; II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência”.

²⁵⁷ JORGE, Guillermo *et al.* *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 101.

exige la concurrencia de la buena fe en el adquirente, es decir, la creencia sincera y leal de adquirir el derecho de quien es legítimo dueño.

En cuanto a los instrumentos del delito pertenecientes a tercero, según Montalvo, el derecho español no admite el decomiso si el tercero no cumplió con su deber de cuidado al no evitar que su bien fuera utilizado como instrumento de delito, es decir, haya actuado con culpa. Se cita la decisión del TEDH del 5 de mayo de 1995, asunto Air Canadá c. el Reino Unido:

(...) caso en el que la Compañía Air Canadá hubo de satisfacer una importante cantidad para liberar el embargo de un avión que había sido utilizado para el transporte en el depósito de equipaje de una cantidad relevante de droga y respecto del cual la Compañía aérea había omitido elementales controles de seguridad”. Por otra parte, el Código Penal Alemán (§ 74a.1) permite el decomiso de tercero “cuando haya cooperado imprudentemente a que las cosas o derechos hayan sido utilizados como medios u objetos del delito o de su preparación.”²⁵⁸

4.6 DECOMISO AMPLIADO

El concepto de decomiso ampliado es definido con claridad por la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva de 12/03/2012 - COM(2012) 85 final, de la siguiente forma:

(...) el decomiso ampliado solo está permitido cuando un órgano jurisdiccional concluya, basándose en hechos concretos, que una persona condenada por una infracción penal posee activos que es considerablemente más probable que procedan de otras actividades delictivas similares que de otro tipo de actividades.

Los hechos concretos que basan el decomiso ampliado son indicios indirectos, formadores de presunciones relativas (*iuris tantum*), que admiten prueba en contrario. Los hechos concretos pueden ser: 1) naturaleza y gravedad del delito; 2) estilo de vida, tales como el medio ambiente, reincidencia, habitualidad delictiva, etc.; 3) desproporción entre los bienes

²⁵⁸ MONTALVO, José Antonio Choclán. *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*. Madrid: Ed. Dykinson, 2001, p. 58-59.

y las rentas lícitas; 4) posesión de los bienes durante, un poco antes, o un poco después de la ejecución del delito; 5) donaciones o transferencias de bienes por valores inferiores al mercado, etc.²⁵⁹

Estas presunciones relativas, que causan la distribución dinámica de la carga de la prueba, son permitidas por las convenciones internacionales, por no relacionarse con la condenación penal. La Convención de Viena de 1988, art. 5.7, autoriza la inversión de la carga de la prueba respecto al origen del producto del tráfico de drogas, de acuerdo con su derecho interno. Ya el art. 31.8 de la Convención de Mérida de 2003 dispone que:

(...) los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios fundamentales de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otros procesos.²⁶⁰

Según Cordero, estas presunciones o distribuciones dinámicas de la carga de las pruebas pertinentes al decomiso, permitidas por las convenciones internacionales, posibilitan el decomiso ampliado.²⁶¹

En este sentido, específicamente sobre el decomiso ampliado, el considerando 10 de la DM 2005/212/JAI prescribe que la “finalidad de la presente Decisión marco es garantizar que todos los Estados miembros dispongan de normas efectivas que regulen el decomiso de los productos del delito, en particular en relación con la carga de la prueba sobre el origen de los bienes que posea una persona condenada por una infracción relacionada con la delincuencia organizada”, basándose en la recomendación n° 19 del plan de acción de 2000, titulado “Prevención y control de la delincuencia organizada — Estrategia de la Unión Europea para el comienzo del nuevo milenio”, aprobado por el Consejo el 27 de marzo de 2000, que indica la “posibilidad de mitigar, en virtud del Derecho penal, civil o fiscal, según el caso, la carga

²⁵⁹ Véase el considerando 10 de la Propuesta de Directiva de 12/03/2012 - COM(2012) 85 final, así como BRUN Jean-Pierre *et al.* *Asset Recovery Handbook: a guide for practitioners*. Banco Mundial y UNODC, 2011, p. 115.

²⁶⁰ Igualmente, véanse el art. 12.7 de la Convención de Palermo de 2000 y el art. 3.4 del Convenio de Varsovia de 2005.

²⁶¹ CORDERO, Isidoro Blanco. *Comiso ampliado y presunción de inocencia*. In: ABA, Luz María Puente (directora). *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos contemporáneos de la Política Criminal*. Granada, 2008, p. 71.

de la prueba en lo que se refiere al origen del patrimonio de una persona condenada por una infracción relacionada con la delincuencia organizada”.

El decomiso ampliado tiene su origen en el § 73.d del Código Penal alemán – *erweiterter Verfall*.²⁶² En el ámbito europeo, este decomiso fue sistematizado en el art. 3 de la DM 2005/212/JAI del Consejo, que impuso la obligación a los Estados miembros de proceder al decomiso total o parcial de los bienes pertenecientes a una persona condenada por delitos de terrorismo o cometidos en el marco de una organización criminal, sin la necesidad del vínculo del bien con estas infracciones. Para alcanzar eso, la referida DM instó a los Estados la aplicación de, por lo menos, una de las siguientes alternativas: 1) decomiso ampliado de los bienes que proceden de cualesquiera actividades delictivas desarrolladas en un periodo anterior a la condena; 2) decomiso ampliado de los bienes que proceden de actividades delictivas similares desarrolladas en un periodo anterior a la condena; 3) decomiso ampliado con base en la desproporción entre el valor de la propiedad y los ingresos legales de la persona condenada.

Las dos primeras alternativas reflejan el modelo de presunciones generalmente establecido para los condenados por infracciones relacionadas con la delincuencia organizada. Austria, Suiza, Alemania y Francia presumen que los bienes pertenecientes a estas personas condenadas están bajo el control de la organización criminal; luego, están sujetos al decomiso. La presunción relativa puede ser destruida por el acusado, demostrando que los bienes son de origen lícito.²⁶³

La tercera alternativa refleja la admisión en el derecho europeo del método de prueba indirecta basada en la desproporción entre los bienes y los ingresos legales, llegándose a la presunción de que es más probable que los bienes sean de origen ilícito que lo contrario –tal presunción puede ser destruida por el condenado. Ejemplos de este modelo son encontrados en Australia, Italia, Holanda y Estados Unidos.²⁶⁴

Lo que ocurre es que las referidas alternativas para el decomiso ampliado fueron transpuestas de forma muy diversa por los Estados miembros. Algunos incorporaron una y

²⁶² INCHAUSTI, Fernando Gascón. *El decomiso transfronterizo de bienes*. Madrid: Ed. Colex, 2007, p. 71.

²⁶³ JORGE, Guillermo *et al.* *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 80-86

²⁶⁴ *Ibídem.*

otros dos o hasta las 3 alternativas, de manera desigual.²⁶⁵ Esta desigualdad normativa proporcionó dificultades en la cooperación internacional, pues los Estados solo reconocen las resoluciones de decomiso basadas en las mismas alternativas previstas en las respectivas leyes nacionales.²⁶⁶ De esta forma, el art. 4 de la Propuesta de Directiva de 12/03/2012 pretende racionalizar el actual sistema de alternativas, estableciendo un “único estándar mínimo”, a seguir transcrito:

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para poder proceder al decomiso, total o parcial, de bienes pertenecientes a una persona condenada por una infracción penal, cuando un tribunal concluya, basándose en hechos concretos, que es considerablemente más probable que los bienes en cuestión procedan de actividades delictivas similares cometidas por la persona condenada que de otro tipo de actividades.
2. No se podrá proceder al decomiso cuando las actividades delictivas similares mencionadas en el apartado 1
 - a) no puedan ser objeto de un proceso penal por haber prescrito con arreglo al Derecho penal nacional, o
 - b) ya hayan sido objeto de un proceso penal resuelto con una sentencia firme absolutoria de la persona o en otros casos en los que se aplique el principio *ne bis in idem*.²⁶⁷

El decomiso ampliado permite la pérdida definitiva de bienes que no están relacionados con el específico delito juzgado, razón por la cual se discute la ofensa al principio de la presunción de inocencia y a la inversión de la carga de la prueba sobre el origen lícito de los bienes. El TEDH ya decidió en más de una oportunidad que el decomiso ampliado, por ser un procedimiento posterior o separado de la condena penal –luego, sin carácter de sanción penal– no ofende el principio penal de la presunción de inocencia. Así,

²⁶⁵ Una de las desigualdades puede ser verificada por el hecho de que, en algunas jurisdicciones, es posible decomisar bienes adquiridos antes o después de la ejecución del delito, al contrario de la regla dispuesta en la DM, como hace Francia. BRUN Jean-Pierre *et al.* *Asset Recovery Handbook: a guide for practitioners*. Banco Mundial y UNODC, 2011, p. 117.

²⁶⁶ Véase Informe de la Comisión de 17/12/2007 COM(2007) 805 final, así como la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva COM(2012) 85 final.

²⁶⁷ Propuesta de Eurojust sobre este artículo: “A possible amendment of the Proposal could be to add former Article 3(2)(c) of the 2005 Framework Decision establishing the criteria of disproportionate property to the lawful income and convert the two remaining circumstances into obligations for Member States rather than keeping them as options.” EUROJUST. *Presentation of the Eurojust opinion on the proposed Directive on the Freezing and confiscation of proceeds of crime in the European Union*. 11 de febrero de 2013.

sería posible, incluso, la inversión de la carga de la prueba.²⁶⁸

En la misma línea de argumentación, la STC 220/2006, del 3 de julio de 2006, arguye que no hay relación entre el decomiso y el principio de la presunción de inocencia, el cual opera “como el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable” (SSTC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3; 124/2001, de 4 de junio, FJ 9; 17/2002, de 28 de enero, FJ 2). Añade, con relación al decomiso, que “constatada la existencia de pruebas a partir de las cuales los órganos judiciales consideran razonadamente acreditada la culpabilidad del acusado, ya no está en cuestión el derecho a la presunción de inocencia”.

Se constata, todavía, que hay una confusión doctrinal entre inversión de la carga de la prueba e indicios o prueba indiciaria. El hecho es que, en el decomiso ampliado, hay serios indicios de que los bienes son provenientes de una infracción penal, tanto que ya hubo una condenación penal, aunque no guarde relación directa con el bien. Sobre el tema, la STS 450/2007, del 30 de mayo, revela que la prueba indiciaria podrá:

(...) consistir en las investigaciones policiales sobre que el acusado venia dedicándose desde hacia tiempo a la actividad por la que en fin fue condenado, en que el bien cuyo comiso se intenta haya sido adquirido durante ese periodo de tiempo en que el condenado se venia dedicando, en términos de sospecha racional, a la actividad delictiva en cuestión; en que el bien a decomisar no haya tenido una financiación lícita y acreditada, o, lo que es lo mismo, la inexistencia de patrimonio, ventas, negocios o actividades económicas capaces de justificar el incremento patrimonial producido, etc... Probados estos datos indiciarios y puestos en relación unos con otros, podrá entenderse acreditada la procedencia ilícita del bien hallado en poder del condenado, aunque no procede propiamente de la operación descubierta y por la que se le condena, pudiendo, en consecuencia ser objeto de comiso como ganancia procedente del delito. Sentados estos hechos concluyentes, puede deducirse como conclusión razonable, y en absoluto arbitraria o caprichosa, que los bienes que han ingresado en el patrimonio del afectado (o del tercero interpuesto) proceden directa o indirectamente del delito y, por lo tanto, deberán ser decomisados, a no ser que el interesado enervara esa prueba de presunciones, presentando en su descargo pruebas acreditativas de la legitimidad de su adquisición o posesión.

Esta prueba indiciaria, formadora de una presunción relativa (admite prueba en

²⁶⁸

6. Phillips c. Reino Unido, Caso 41087/98, del 12/12/2001; Butler c. Reino Unido, Caso 41661/98, del 26/06/2002; Harry Van Offeren c. Holanda, del 05/07/2005 y Grayson v Reino Unido, del 23/09/2008. Datos extraídos de: JORGE, Guillermo *et al. Recuperación de activos de la corrupción en Argentina: recomendaciones de política institucional y agenda legislativa*. 2009, p. 45. En el mismo sentido, ver la exposición de motivos de la Propuesta de Directiva COM(2012) 85 final.

contrario), ha permitido la utilización del decomiso ampliado, en la práctica, antes de su específica reglamentación europea o española. Es que el clásico concepto del producto del crimen comprende los bienes derivados indirectamente del delito, motivo por el cual la prueba indiciaria permite, hace mucho tiempo, el decomiso ampliado, como demuestran las referidas jurisprudencias españolas y del TEDH²⁶⁹.

Como última observación en este tema, para separar el decomiso ampliado de la condena penal, reforzando su carácter civil, se recomienda la previsión de un procedimiento distinto (accesorio o autónomo) del penal principal²⁷⁰, así se evitan discusiones sobre el principio de la presunción de inocencia, presunciones relativas y el carácter de sanción penal del decomiso. El procedimiento separado del penal para el decomiso proporciona la concentración de esfuerzos en la producción de pruebas relacionadas al producto del delito, sin preocuparse con cuestiones de la responsabilidad penal, generando celeridad y economía procesal.²⁷¹

4.7 DECOMISO SIN CONDENA PENAL

En términos generales, la doctrina especializada está de acuerdo con que el decomiso sin condena suele tener las características comunes a seguir: 1) permite embargar y decomisar los instrumentos o el producto del delito independientemente de una condenación penal previa, pero hay una relación con un actividad delictuosa; 2) es una acción contra la cosa (*in rem*), por ejemplo, Estados Unidos contra la casa X, el vehículo Y, y US\$ 160 mil en la cuenta bancaria Z; 3) se admite la distribución dinámica de la carga de la prueba, un balance de probabilidades, o presunciones relativas, de modo que los indicios para el decomiso sin

²⁶⁹ Inchausti alega que la jurisprudencia española, mismo sin un refrendo normativo expreso, ya admitía todos los supuestos de decomiso ampliado previstos en la DM 2005/212/JAI. INCHAUSTI, Fernando Gascón. *El decomiso transfoterizo de bienes*. Madrid: Ed. Colex, 2007, p. 78.

²⁷⁰ CORDERO, Isidoro Blanco. *Comiso ampliado y presunción de inocencia*. In: ABA, Luz María Puente (directora). *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos contemporáneos de la Política Criminal*. Granada, 2008, p. 106.

²⁷¹ “Normalmente el órgano judicial se concentra en la determinación de la responsabilidad criminal, y deja de lado las cuestiones de naturaleza patrimonial, en ocasiones para respetar los estrictos principios procesales.” Ibidem.

condena son menos rigurosos que para las condenaciones penales.²⁷²

Estas definiciones son amplias lo suficiente para abarcar las diversas modalidades de decomiso sin condena previstas en las varias legislaciones de los países²⁷³. Es que existen los siguientes decomisos sin condena: 1) administrativos *versus* judiciales²⁷⁴; 2) previstos en leyes penales *versus* previstos en leyes civiles; 3) tramitación por las vías penales *versus* tramitación por las vías civiles²⁷⁵; 4) independientes y paralelos a la acción penal *versus* situaciones limitadas, cuando el proceso penal no está disponible (ej.: fuga o muerte del reo, inmunidades a la acción penal, suspensión del proceso penal, prescripción penal, etc.).

En razón de la variedad de decomisos sin condena nacionales, se les denomina como decomiso *non-conviction based* (NCB), extinción de dominio (más utilizado en América Latina, cuyo precursor fue Colombia), decomiso objetivo, decomiso civil (*civil forfeiture* - más utilizado en los países del sistema *common law*), decomiso *in rem*, o decomiso objetivo,

²⁷² Véase: BRUN Jean-Pierre *et al.* *Asset Recovery Handbook: a guide for practitioners*. Banco Mundial y UNODC, 2011, p. 106-107; GREENBERG, Theodore S. *et al.* *Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Banco Mundial y UNODC, 2009; JORGE, Guillermo *et al.* *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Del Prado, 2008.

²⁷³ Estados que admiten el decomiso sin condena (*in rem*): Anguilla, Antigua y Barbuda, Australia, Bulgaria y Serbia, algunas provincias de Canadá (Alberta, Columbia Británica, Manitoba, Ontario, Quebec, Saskatchewan), Colombia, Costa Rica, Eslovenia, Estados Unidos de América, Islas Fiyi, Filipinas, Guernsey, Honduras, Irlanda, Isla de Man, Israel, Jersey, Liechtenstein, México, Nueva Zelanda, Perú, Reino Unido, Sudáfrica, Suiza, Tailandia, y Zambia. GREENBERG, Theodore S., *et al.* *Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Banco Mundial y UNODC, 2009, p. 20-21. Véase también CORDERO, Isidoro Blanco. *Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)*. In: CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. *El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción*. 1ª edición. Universidad de Salamanca, 2012, p. 339-340.

²⁷⁴ En Estados Unidos, cualquier cantidad monetaria y bienes personales valorados en menos de US\$ 500 mil pueden ser decomisados administrativamente; pero los inmuebles, independientemente de su valor, siempre deben ser decomisados judicialmente. BRUN Jean-Pierre *et al.* *Asset Recovery Handbook: a guide for practitioners*. Banco Mundial y UNODC, 2011, p. 106. El 1 de octubre de 2010, el Parlamento suizo aprobó la Ley de Retorno de Bienes Ilícitos, que busca facilitar la recuperación del producto de la corrupción en las situaciones en que el Estado de origen de los bienes no es capaz de llevar a cabo un procedimiento penal que cumpla con los requisitos de la ley suiza sobre asistencia judicial internacional. Esta ley prevé el embargo y el decomiso administrativo, por el Tribunal Administrativo Federal, así como la restitución de activos en poder de las personas políticamente expuestas extranjeras y sus familiares en Suiza, con base en presunciones refutables. MUZILA, Lindy *et al.* *On the take: criminalizing illicit enrichment to fight corruption*. Banco Mundial y UNODC, 2012, p. 37.

²⁷⁵ Según el GAFI, “la confiscación no basada en una condena se puede implementar en el contexto de la ley y el procedimiento penal, o por medio de un sistema o ley por separado y por fuera de los procedimientos penales.” GAFI, Documento de Mejores Prácticas: decomiso (Recomendaciones 3 y 38), aprobada por el pleno del GAFI en febrero de 2010. Jurisdicciones en que tramitan el decomiso sin condena por las vías penales: Liechtenstein, Eslovenia, Suiza, y Tailandia. Jurisdicciones en que tramitan por las vías civiles: Colombia, Sudáfrica, Estados Unidos de América, Reino Unido. BRUN Jean-Pierre *et al.* *Asset Recovery Handbook: a guide for practitioners*. Banco Mundial y UNODC, 2011, p. 106.

todos ellos interpretados como decomisos contra la cosa (*in rem*). No obstante, será demostrado adelante que el decomiso sin condena puede referirse a acciones *in personam*, pues la normativa internacional no delimita a las acciones *in rem*; solamente describe que no es necesaria una condenación penal previa, posibilitando también el uso de las acciones *in personam*.

4.7.1 NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Para viabilizar la incorporación del decomiso sin condena por los Estados, y la cooperación internacional entre ellos, los arts. 43, 53.a y 54.1.c., de la Convención de Mérida de 2003, disponen sobre el decomiso sin condena penal de la siguiente forma:

Art. 43. Los Estados Parte cooperarán en asuntos penales conforme a lo dispuesto en los artículos 44 a 50 de la presente Convención. Cuando proceda y esté en consonancia con su ordenamiento jurídico interno, los Estados Parte considerarán la posibilidad de prestarse asistencia en las investigaciones y procedimientos correspondientes a cuestiones civiles y administrativas relacionadas con la corrupción.

Art. 53.a. Cada Estado Parte, de conformidad con su derecho interno (...) adoptará las medidas que sean necesarias a fin de facultar a otros Estados Parte para entablar ante sus tribunales una acción civil con objeto de determinar la titularidad o propiedad de bienes adquiridos mediante la comisión de un delito tipificado con arreglo a la presente Convención;

Art. 54.1.c: Cada Estado parte (...) considerará la posibilidad de adoptar las medidas que sean necesarias para permitir el decomiso de esos bienes sin que medie una condena, en casos que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados.

Con el mismo objetivo, la recomendación 4 del GAFI, de febrero de 2012, preconiza que:

(...) los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera de una condena penal (decomiso sin condena), o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes en cuestión que están sujetos a decomiso, en la medida en que este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales.

En las recomendaciones anteriores del GAFI, esta disposición ya estaba prevista en la

recomendación 3. Fueron elaborados dos documentos guías de GAFI sobre mejores prácticas de decomiso, de febrero de 2010 y octubre de 2012, con comentarios y definiciones sobre el decomiso sin condena.²⁷⁶

En el ámbito de la UE, el art. 2.2 de la DM 2005/212/JAI dispone que “por lo que respecta a las infracciones fiscales, los Estados miembros podrán aplicar procedimientos distintos de los penales con el fin de privar al autor del producto de la infracción”, en lo que se puede incluir el decomiso sin condena.²⁷⁷ El Parlamento Europeo y la Comisión Europea manifestaron, en tres documentos distintos, en 2008, 2010 y 2011, la necesidad de reglamentar el decomiso sin condena.²⁷⁸ Luego, se elaboró la Propuesta de Directiva COM(2012) 85 final, cuyo artículo 5 reglamenta el decomiso sin condena en situaciones limitadas, cuando el sospechoso o acusado no puede comparecer en juicio porque falleció, está con una enfermedad crónica, o cuando la enfermedad o fuga impida el procesamiento efectivo dentro de un plazo razonable, y suponga un riesgo grave de prescripción.

La Propuesta de Directiva en cuestión, no obstante sea un avance en el tema de decomiso sin condena, es criticada por no ser tan amplia en cuanto a sus supuestos, al contrario de muchas legislaciones nacionales, que disponen sobre otros supuestos, incluso la total independencia del proceso penal. El Gobierno del Reino Unido registró su preocupación de que el decomiso sin condena inglés es más amplio que el previsto en la Propuesta de Directiva, lo que puede generar problemas a la hora de pedir el reconocimiento de sus decisiones.²⁷⁹ EUROJUST sugiere la ampliación de los supuestos, mediante una redacción genérica, “el sospechoso no está disponible para el proceso”, sin especificar los casos concretos. Sugiere también que se introduzca el principio de reconocimiento mutuo específicamente sobre el decomiso sin condena, a fin de que las diferencias legislativas no

²⁷⁶ GAFI. *Documento de Mejores Prácticas: decomiso (Recomendaciones 3 y 38)*. Aprobada por el pleno del GAFI en febrero de 2010. GAFI, *Best Practices on confiscation (recommendations 4 and 38) and a framework for ongoing work on asset recovery*. Octubre de 2012.

²⁷⁷ CORDERO, Isidoro Blanco. Op. cit., p. 345

²⁷⁸ Informe del Parlamento Europeo sobre la delincuencia organizada en la Unión Europea, de 06 de octubre de 2011 - (2010/2309(INI)); Comunicaciones de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: 1) Productos de la delincuencia... (op. cit.), de 20/11/2008 COM(2008) 766 final, y 2) La Estrategia de Seguridad Interior de la UE. Op. cit., 22/11/2010 COM(2010) 673 final.

²⁷⁹ House of Commons. European Scrutiny Committee. Sixth report of session 2012-13: documents considered by the Committee on 27 de june de 2012, p. 20-22.

sean un obstáculo para la cooperación internacional.²⁸⁰

Hay otros documentos importantes, elaborados por reconocidas entidades internacionales, que claman por el decomiso sin condena. En efecto, la Propuesta de Directiva COM(2012) 85 cita que el decomiso sin condena es apoyado por el “informe final del proyecto italiano sobre «Decomiso: aspectos jurídicos y cooperación internacional», elaborado en el subgrupo de asuntos penales (CLASG) del Grupo Lyon-Roma del G8”, así como “ha contado con el respaldo de los profesionales reunidos en la Red Interinstitucional de Recuperación de Activos de Camden y en la Plataforma de organismos de recuperación de activos.” La Secretaría de la Commonwealth, organización intergubernamental compuesta por 54 países, ha elaborado un informe y una legislación modelo que desarrollan el decomiso sin condena²⁸¹. Asimismo, la UNODC editó una ley modelo de extinción de dominio para América Latina.²⁸² Y el Banco Mundial y UNODC ya publicaron algunos libros conjuntos favorables al decomiso en cuestión.²⁸³

Del mismo modo, hay jurisprudencias nacionales que defienden la constitucionalidad de los decomisos sin condena domésticos, como en Colombia, Sudáfrica, Tailandia, Irlanda y la provincia de Ontario, en Canadá. No se han encontrado noticias de que una ley sobre decomiso sin condena haya sido declarada integralmente inconstitucional. Desde 1986, la Comisión Europea de los Derechos Humanos ha declarado que el decomiso sin condena no infringe la presunción de inocencia y los derechos fundamentales de la propiedad.²⁸⁴

La jurisprudencia comunitaria también sostiene la validez del decomiso sin condena, sobre todo porque en regla no es pena, sino una consecuencia civil –por eso, no son aplicables algunas garantías propias del proceso penal (ver Sentencia Walsh contra Director de la Agencia de Recuperación de Activos del Reino Unido - 2005). Conforme consta en la

²⁸⁰ EUROJUST. Presentation of the Eurojust opinion on the proposed Directive on the Freezing and confiscation of proceeds of crime in the European Union. 11 de febrero de 2013.

²⁸¹ Commonwealth Secretariat, Report of the Commonwealth Working Group on Asset Repatriation. Marlborough House. London, United Kingdom, August 2005. Ver también: Commonwealth Secretariat, Commonwealth model legislative provisions on the civil recovery of criminal assets including terrorist property.

²⁸² Cfr. UNODC. *Ley modelo de extinción de dominio*. Programa de Asistencia Legal para América Latina y el Caribe.

²⁸³ Véanse las publicaciones del Banco Mundial en http://star.worldbank.org/star/publications?keys=&sort_by=score&sort_order=DESC&items_per_page=10.

²⁸⁴ European Human Rights Commission, No. 12386/1986. Véase: GREENBERG, Theodore S., *et al. Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Banco Mundial y UNODC, 2009, p. 17-18.

Propuesta de Directiva de 12/03/2012 - COM(2012) 85, el TEDH ya aprobó, en algunos casos concretos, el decomiso sin condena, *in verbis*:

(...) el TEDH ha aprobado en casos específicos procedimientos nacionales de decomisos no basados en condena que implican la inversión de la carga de la prueba en lo que respecta a la legitimidad de los activos, a condición de que fueran aplicados equitativamente en el caso particular y de que existieran las garantías adecuadas para la persona interesada. Así sostuvo, por ejemplo, que una aplicación de la legislación italiana suponía una restricción proporcionada de derechos fundamentales en la medida en que constituía un «arma necesaria» en la lucha contra la Mafia (Sentencia Raimondo contra Italia de 22 de febrero de 1994). En otro caso, una aplicación del régimen de decomiso civil del Reino Unido no se consideró una violación de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En conclusión, las últimas recomendaciones y normas internacionales sobre recuperación de activos son unánimes en pedir la regulación del decomiso sin condena, defendido por las jurisprudencias nacionales y por el TEDH, facilitando el reconocimiento de las pertinentes decisiones extranjeras, de modo que es una tendencia ineludible para luchar contra la corrupción.

4.7.2 SUPUESTOS DEL DECOMISO SIN CONDENA

La Convención de Mérida de 2003 sigue una definición amplia de decomiso sin condena, en casos en que el delincuente no pueda ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga o ausencia, o en otros casos apropiados. Los otros casos apropiados fueron ejemplificados en dos documentos del GAFI sobre mejores prácticas, en el sentido de que se localiza el producto del delito, pero no se puede obtener una condena penal debido a que:

1. no se puede obtener una condena por razones técnicas o de procedimiento (ej.: prescripción);
2. hay pruebas de que los bienes derivan de una actividad delictiva; sin embargo, no hay suficiente evidencia para alcanzar la carga de la prueba penal;
3. es irrealista o imposible realizar una investigación penal o acción judicial;
4. el autor fue absuelto del delito precedente debido a la insuficiente cantidad de evidencia admisible o a la imposibilidad de cumplir con la carga de la prueba;

5. los bienes probablemente son provenientes de otra actividad delictiva (decomiso ampliado);
6. hay inmunidad ante las acciones judiciales.

Dentro de estas hipótesis, se puede incluir, como destaque, el poder económico o político del sospechoso para influir en la producción de la prueba, así como en la imparcialidad de jueces y fiscales, mediante injerencias políticas, sobornos, amenazas, etc., lo que perjudica una acción o condenación penal. No se puede olvidar que dirigentes máximos de diversos órganos persecutorios y jurisdiccionales, con frecuencia, son nombrados directamente por el Jefe del Poder Ejecutivo, afectando de cierto modo la independencia o la imparcialidad de sus miembros, especialmente cuando se atacan políticos del partido del Gobierno.

Otra situación frecuente se refiere al desconocimiento del autor del crimen, aunque se localicen los instrumentos o el producto del delito, que muchas veces son abandonados o no reclamados. De acuerdo con Cassellatta, citado por Cordero, “en los Estados Unidos son numerosos los casos en los que son detenidas personas que hacen correos de grandes sumas de dinero, quienes desconocen a quién pertenece y cuál es su origen, que puede ser delictivo, pero que no se puede determinar con una investigación posterior. En tales casos, se procede al decomiso civil de los bienes.” En otro caso, “en los Estados Unidos, el 80% de los decomisos no son impugnados. En muchos de esos casos hay un proceso penal, pero si no se va a cuestionar el decomiso, se evita la pérdida de mucho tiempo y esfuerzo mediante el decomiso civil”.²⁸⁵

Las hipótesis para el decomiso sin condena, por supuesto, no pueden generar un abuso por parte de las autoridades, con el decomiso de bienes de forma totalmente desproporcional. Cordero cita algunos casos sobre el abuso de este derecho en Estados Unidos:

1) Un Tribunal de Illinois decretó el decomiso de la casa de un sujeto porque había utilizado el teléfono de su domicilio para negociar la venta de unos sesenta gramos de cocaína.²⁸⁶

2) En Nevada, una persona se vio obligada a cerrar su negocio de vuelos chárter

²⁸⁵ CASSELLA. *The case for civil forfeiture: Why in Rem proceedings are dering Control*. vol. 11 Iss: 1, 2008, pp. 8-14, pp. 12-13, *apud* CORDERO, Isidoro Blanco. *Recuperación de activos...*, op. cit., p. 353

²⁸⁶ United States vs 916 Douglas Ave., 903 F.2d 490 (7th Cir. 1990).

debido a que se procedió al embargo de su avión alegando que había transportado, sin saberlo, a un sujeto declarado culpable de tráfico de drogas²⁸⁷.

3) El Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el caso *Bennis vs Michigan*, confirmó el decomiso de un automóvil, cuya propiedad pertenecía conjuntamente a un sujeto y su esposa, y en el que el marido había sido sorprendido flagrantemente con una prostituta. Pese a que la esposa desconocía la actividad del marido, el Tribunal Supremo declaró que procedía el decomiso²⁸⁸.

Son casos en que hubo una interpretación muy extensiva de los instrumentos del crimen. La verdad es que los abusos del derecho pueden ocurrir en cualquier modalidad de decomiso, incluso en condenaciones penales, por medio de la mala interpretación de la ley o de la prueba producida, sin observar la razonabilidad y la proporcionalidad. En este punto, se recuerda de las leyes española y alemana, así como de uno de los libros verdes de la Comisión de las Comunidades Europeas, que exigen el uso de la proporcionalidad para el decomiso de bienes. Además, la jurisprudencia española determina que el instrumento del delito debe ser estrictamente necesario para su ejecución. Estas interpretaciones sirven para todos los tipos de decomiso.

El Banco Mundial y la UNODC, en una de sus guías, advierten que las presunciones para el decomiso son herramientas de gran alcance, y los profesionales deben asegurarse de que se utilizan adecuadamente. Cualquier abuso crónico de las herramientas disponibles en un sistema de decomiso puede traer todo el sistema a su denigración, perdiendo la credibilidad con otros países. Por ejemplo, utilizar presunciones para confiscar todos los bienes de una persona que ha cometido un pequeño delito podría plantear interrogantes sobre la integridad del sistema de decomiso.²⁸⁹ Estas circunstancias refuerzan la necesidad de que los decomisos, penales o sin condena, estén basados en los supuestos de proporcionalidad y razonabilidad, orientados por la jurisprudencia, respetándose los derechos fundamentales y el debido proceso legal.

²⁸⁷ ROSS, David Benjamin Ross. *Civil Forfeiture: A Fiction That Offends Due Process*. 13 REGENT U. L. REV., 2001, p. 259.

²⁸⁸ M. E. Beatty. *Bennis vs Michigan: The Supreme Court Clings to Precedent and Denies Innocent Owners a Defense to Forfeiture*. Mercer Law Review, 48, 1996

²⁸⁹ BRUN Jean-Pierre *et al.* *Asset Recovery Handbook: a guide for practitioners*. Banco Mundial y UNODC, 2011, p. 115.

4.7.3 INDEPENDENCIA DEL DECOMISO SIN CONDENA Y PRUEBAS TRASLADADAS

Vale registrar que el decomiso sin condena nunca debe sustituir la acción penal²⁹⁰, pues estas acciones tienen objetivos diferentes (la primera es la pena y la otra la privación definitiva de los instrumentos o del producto del delito –no es sanción penal), revelando la independencia de una acción con relación a otra. Sin embargo, el decomiso sin condena puede ser la única manera de recuperar el producto de la corrupción y concretizar la justicia, cuando el proceso penal es inviable. Las jurisdicciones que no cuentan con el decomiso sin condena son desafiadas por carecer de una importante herramienta disponible para la recuperación de activos²⁹¹, propiciando el enriquecimiento ilícito, lo que puede ser llevado en consideración a la hora de buscar un país para blanquear capitales.²⁹²

Debido a la independencia entre la acción de decomiso sin condena y la acción penal, las jurisdicciones prefieren la tramitación simultánea entre estas acciones en vez de usar el decomiso sin condena solo cuando el proceso penal no esté disponible. La discusión es si la tramitación simultánea del decomiso sin condena con la acción penal ofende el *ne bis in idem*. Como ya fue mencionado, el decomiso sin condena, igual que los otros tipos de decomiso, no es una sanción penal, sino otra consecuencia, con objetivos distintos de la acción penal, razón por la cual se entiende que son posibles dos procesos simultáneos²⁹³, desde que no haya doble ejecución sobre el mismo producto del delito o valores sustitutos.

En este sentido, el Banco Mundial y la UNODC defienden la tramitación simultánea entre los procesos penales y los procesos de decomiso sin condena, conforme los siguientes argumentos, amparados en diversas jurisdicciones:

²⁹⁰ Es el concepto básico 1 del siguiente libro: GREENBERG, Theodore S., *et al. Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Banco Mundial y UNODC, 2009, p. 27.

²⁹¹ STEPHENSON, Kevin M. *et al. Barriers to Asset Recovery*. Banco Mundial y UNODC, 2011, p. 66.

²⁹² Según WEBER, “es muy relevante que la cooperación penal en materia patrimonial se revele eficaz, bajo pena de que Brasil sea un Estado atrayente para la realización de inversiones con recursos criminosos” (traducción del autor). WEBER, Patrícia Núñez. *A cooperação jurídica internacional em medidas processuais penais*. Porto Alegre: verbo jurídico, 2011, p. 167.

²⁹³ Como esclarece Cordero, “en cualquier caso, la jurisprudencia de algunos Estados ha establecido claramente que la imposición del decomiso en un procedimiento distinto del penal no supone una vulneración del principio *ne bis in idem*. Y ello, porque esta modalidad de decomiso no constituye una sanción penal, ni se impone en un proceso penal” CORDERO, Isidoro Blanco, *Recuperación de activos... op. cit.*, p. 358.

Las jurisdicciones deberán decidir si se permitirán los procesos NCB sólo cuando no sean posibles los procesos penales y el decomiso, o si la acción del decomiso de activos NCB y la condena penal pueden proseguir en forma simultánea. El enfoque simultáneo es el método preferido.

(...)

Tanto el proceso penal como la acción de decomiso de activos NCB pueden proceder sin violar las protecciones contra doble perjuicio porque el decomiso de activos NCB no constituye ni un “castigo” ni un proceso penal. En el caso *United Status v. Ursery*, la Corte Suprema de Estados Unidos declaró: “Nuestros casos de revisión de decomisos civiles según la Cláusula de Doble Riesgo se adhieren a un tema notablemente consistente... El decomiso de activos NCB *In rem* constituye una sanción remedial civil, distinta de las penalidades civiles potencialmente punitivas *in personam* tales como multas, y no constituye un castigo bajo la Cláusula de Doble Riesgo”. Las cortes de otras jurisdicciones han llegado a la misma conclusión, o han confirmado que el decomiso de activos NCB no constituye castigo o proceso penal. En *Walsh v. Director of the Assets recovery Agency*, la Corte de Apelaciones de Irlanda del Norte declaró: “El propósito primordial es el de recuperar los productos del crimen; no constituye un castigo para el demandante en el sentido normalmente contemplado en una sanción penal”.²⁹⁴

En los casos más sencillos, cuando comprenda pequeña cantidad de valores, no hay problema que el proceso penal involucre la responsabilidad penal y el decomiso. No obstante, en los casos más complicados y relevantes, con complejas pruebas sobre el producto del delito y diversos terceros, es más efectivo entablar una acción civil, aunque simultánea al proceso penal, para rastrear el producto del delito, embargar bienes, notificar a terceros, cuantificar los daños (con eventuales peritaciones), etc. Esperar una decisión penal definitiva para practicar todas estas medidas es totalmente contraproducente a la recuperación de activos, facilitando el enriquecimiento ilícito y la impunidad²⁹⁵. Y practicarlas en una acción penal causa enorme confusión y atraso del proceso, con innumerables recursos e incidentes procesales, principalmente con la intervención de terceros, peritaciones, discusiones sobre propiedades en nombre de terceros, exceso de bienes embargados, etc. Las pruebas referentes al decomiso y a la responsabilidad penal no son iguales en muchos aspectos, cambiando el foco principal del proceso penal, que es descubrir si el acusado de hecho cometió el delito imputado.

Sin embargo, el caso concreto puede indicar que no es conveniente que ambos procesos prosigan al mismo tiempo, principalmente por cuestiones de pruebas. Por ejemplo, si

²⁹⁴ GREENBERG, Theodore S., *et al. Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Banco Mundial y UNODC, 2009, p. 28-9 y 217-8.

²⁹⁵ Esta espera permite que, al final, con la condenación penal, ya no resten más bienes para embargar.

hay debate sobre la inexistencia del delito en el proceso penal, por afectar la responsabilidad civil, puede ser mejor aguardar la decisión final para ingresar con la acción de decomiso sin condena, desde que con las cautelas necesarias, como embargar los bienes del reo. Con relación a eso, si ya hay una decisión penal condenatoria definitiva, no hay lugar para el decomiso sin condena, que es utilizado antes del tránsito en juzgado, concomitante o no con la acción penal, conforme permita la legislación nacional.²⁹⁶

Con respecto a las llamadas pruebas trasladadas o prestadas, se verifica que las pruebas producidas en el proceso penal pueden ser trasladadas al proceso de decomiso sin condena, principalmente en países del sistema continental²⁹⁷, si la prueba fue producida en proceso formado entre las mismas partes o en proceso en que haya participado la parte contra quien será utilizada la prueba, respetándose el principio del contradictorio.²⁹⁸ Por otro lado, trasladar una prueba civil al proceso penal, además del respeto al contradictorio entre las partes, no debe ser el único elemento de prueba para la condenación, esto es, la prueba trasladada debe ser confirmada por otras pruebas, para que haya una compatibilización con el derecho a la no autoincriminación.²⁹⁹

²⁹⁶ GUTIERREZ, Julio Ospina. *La acción de extinción de dominio*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2008, p. 185.

²⁹⁷ La doctrina colombiana alude que “es claro también, que existiendo un proceso penal, civil o de cualquier otro tipo, es posible trasladar las pruebas de estos e iniciar, sino se ha hecho, un proceso de extinción de dominio” (Ibidem, p. 52). Ocurre que “en los países del common law, muchas veces es difícil que la prueba presentada en un proceso penal pueda ser usada en un juicio civil. Además, la evidencia obtenida mediante la cooperación internacional penal muchas veces no puede ser utilizada en un juicio civil. En los países de tradición continental, en general, la sinergia entre las investigaciones penales y los juicios civiles es mayor.” JORGE, Guillermo *et al.* *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 207.

²⁹⁸ CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006, p. 54. Véase también STF – RHC 48.668-SP, juzgado de 16/03/1971: “Só as provas produzidas contraditoriamente com a parte a qual se opõem poderão e deverão ser levadas em consideração pelo juiz”.

²⁹⁹ STF - HC 183.571/RJ, juzgado de 27/09/2011, STF - HC 180.194/SP, juzgado de 28/06/2011; STF - HC 95549/SP, juzgado de 28/04/2009. No obstante, hay entendimiento de que no se puede usar contra el acusado las pruebas del decomiso sin condena en el proceso penal, para no afectar el derecho a la no autoincriminación, como está previsto en la Ley sobre productos del crimen de 2002 del Reino Unido, sección 360. De esta forma, se argumenta que no sería conveniente anticipar una prueba oral que sería producida en el proceso penal, para evitar la intimidación del testigo, perjudicando la fase probatoria en el proceso penal (GREENBERG, Theodore S., *et al.* *Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Banco Mundial y UNODC, 2009, p. 28-29).

4.7.4 DISTRIBUCIÓN DINÁMICA DE LA CARGA DE LA PRUEBA

Igual que en el decomiso ampliado, el decomiso sin condena también está basado en presunciones relativas, generando distribuciones dinámicas de la carga de la prueba. El art. 5.7 de la Convención de Viena de 1988, el art. 12.7 de la Convención de Palermo de 2000, art. 31.8. de la Convención de Mérida de 2003, art. 3.4 del Convenio de Varsovia de 2005, y el art. 11 del Convenio Civil sobre la Corrupción, hecho en Estrasburgo el 4 de noviembre de 1999, autorizan la distribución dinámica de la carga de la prueba respecto al origen de los instrumentos o del producto del delito, en conformidad con el derecho interno de cada Estado, en acciones *in rem* o *in personam*.

En informe de un grupo multidisciplinario de expertos de la UE sobre la delincuencia organizada y el lavado de dinero, se llegó a la conclusión de que era, en la práctica, casi imposible de probar, más allá de toda duda razonable, el origen delictivo de los activos en centros financieros *offshore*, clamando por presunciones y distribuciones de la carga de la prueba.³⁰⁰

La Fiscalía General de España, la Procuraduría General de Portugal, y el Bureau Ontnemingswetgeving OM – B.O.O.M. (Gabinete de Recuperación de Activos de los Países Bajos) participan del programa comunitario creado por la DM 2007/125/JAI del Consejo, del 12/12/2007, con un proyecto relacionado con la recuperación de activos, denominado “Proyecto Fénix”. En este proyecto, se afirma la necesidad del decomiso sin condena y del uso de presunciones iguales a las del proceso civil, para la eficaz recuperación de activos, recomendándose a los Estados que:

(...) adopten legislación que permita que la pérdida o decomiso de bienes pueda ser decretado de acuerdo con el standard civilístico de prueba, en los procedimientos de naturaleza no penal, instaurado independientemente de sentencia penal.

Con relación a los estándares de prueba, según el Banco Mundial y la UNODC³⁰¹, es

³⁰⁰ Draft Report of the informal Money Laundering Experts Group, 12706/98, CRIMORG 173, Bruselas, el 6 Noviembre 1998, p. 37, *apud* STESENS, Guy. Op. cit., p. 67.

³⁰¹ GREENBERG, Theodore S., *et al. Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Banco Mundial y UNODC, 2009, p. 60/61.

esencial que la ley los defina³⁰², vislumbrándose 4 sistemas jurídicos que varían en el grado de prueba para sostener un embargo o un decomiso:

- 1) Base razonable para sospechar: asentado en meras sospechas. Algunos países usan este sistema para embargar bienes, como Australia, Liechtenstein, y Suiza.
- 2) Causa probable o razonable para creer: definido a menudo como ligeramente más que mera sospecha. También es utilizado para embargos de bienes, no para el decomiso (ej.: Sudáfrica y Ontario, Canadá).
- 3) preponderancia de la evidencia o estándar de un balance de probabilidades: es más probable que sea cierto que incierto, o una probabilidad mayor que el 50% de que la proposición sea cierta. Es un término adoptado para el decomiso sin condena en los países del sistema *common law*.³⁰³
- 4) prueba más allá de la duda razonable. Es utilizado para la condena y el decomiso penal, excepto el decomiso ampliado, debido a la flexibilización en la distribución de la carga de la prueba.

No se usa, en este trabajo, la expresión “inversión de la carga de la prueba” porque la acusación es la que debe presentar, inicialmente, indicios suficientes para creer que los bienes son provenientes del delito, formando presunciones relativas, que pueden ser destruidas por el acusado. Dicha expresión, común, pasa la falsa impresión de que la acusación no debe presentar indicios del origen ilícito de los bienes, recayendo la carga de la prueba totalmente sobre el reo.

En este sentido, el Tribunal Constitucional de Colombia, en la sentencia C-740/03, al analizar la constitucionalidad de la extinción de dominio colombiana (la primera a ser instituida en América Latina), sostiene con coherencia que no hay una inversión de la carga de la prueba a favor del Estado, pues la acusación debe presentar la prueba indiciaria de la procedencia ilícita de los bienes, y el acusado está en mejores condiciones para probar que los bienes tienen origen lícito (no valen negaciones genéricas), de acuerdo con la *teoría de la*

³⁰² Sin embargo, nada impide el uso de presunciones judiciales, a partir de los indicios, para llegar a la conclusión de la procedencia ilícita de los bienes.

³⁰³ Los países del *civil law* usan presunciones relativas que distribuyen la carga de la prueba, como México, Honduras, Guatemala e, incluso, España con relación al decomiso ampliado. CORDERO, Isidoro Blanco. *Recuperación de activos... op. cit.*, p. 367.

carga dinámica de la prueba. Debido a la sensatez de esta decisión, vale reproducir algunos de sus trechos:

(...) el Estado (...) se encuentra en el deber ineludible de practicar las pruebas necesarias para concluir que el dominio ejercido sobre los bienes no tiene una explicación razonable derivada del ejercicio de actividades lícitas. (...) Las negaciones indefinidas «del reo», en el sentido que no es ilícita la procedencia de los bienes, no lo eximen del deber de aportar elementos de convicción que desvirtúen la inferencia, probatoriamente fundada, del Estado en cuanto a esa ilícita procedencia. De allí que al afectado con el ejercicio de la acción de extinción de dominio, le sea aplicable la teoría de la carga dinámica de la prueba, de acuerdo con la cual quien está en mejores condiciones de probar un hecho, es quien debe aportar la prueba al proceso. Así, en el caso de la acción de extinción de dominio, ya que el titular del dominio sobre los bienes es el que está en mejores condiciones de probar su origen lícito, es él quien debe aportar las pruebas que acrediten ese hecho y que desvirtúen el alcance de las pruebas practicadas por las autoridades estatales en relación con la ilícita procedencia de esos bienes.

En este caso, la teoría de la carga dinámica de la prueba mantiene las reglas clásicas del *onus probandi*, de que el autor debe probar los hechos constitutivos de la demanda, y al reo le incumbe probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos. Sin embargo, esta teoría permite una flexibilización en la distribución de la carga de la prueba en casos excepcionales, que debe pesar sobre quien está en mejores condiciones de probar (autor o reo), para que no haya resultados sin valor e injustos en casos en los que la prueba es imposible o de difícil concretización (prueba diabólica).³⁰⁴

Esta teoría está basada en los principios de veracidad, tutela efectiva, igualdad entre las partes (paridad de armas), instrumentalidad del proceso, solidaridad, y de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional, así como es aplicable en decomisos sin condena *in rem* o *in personam*.³⁰⁵ Estos principios, sumados a los indicios presentados por el autor y las presunciones judiciales, permiten la aplicación de la distribución dinámica de la carga de la prueba independientemente de previsión legal, no obstante muchos países disponen de ley sobre el tema, como Brasil, España, Alemania, entre otros.³⁰⁶

³⁰⁴ Ver ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, p. 115-123.

³⁰⁵ Ibidem, p. 118-119.

³⁰⁶ Ibidem, p. 129-131. En España, el art. 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil flexibiliza la distribución de la carga de la prueba al disponer que “el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”. Vale mencionar que en Brasil esta

El Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, art. 12, Par.1º, adopta esta teoría al definir que “la carga de la prueba incumbe a la parte que posea conocimientos científicos, técnicos o informaciones específicas sobre los hechos, o mayor facilidad para su demostración”, debiéndose destacar que el Juez debe distribuir dinámicamente la carga de la prueba antes de la fase probatoria³⁰⁷, para que el reo sepa previamente que, si no produce la prueba sobre el origen lícito de los bienes, estos serán considerados ilícitos.

El Tribunal Supremo holandés, en la sentencia del 5 de diciembre de 1995, NJ (1996), nº 411, ha decidido que el factor más importante para el decomiso es el hecho de que, presentada la presunción del origen ilícito de los bienes por la Fiscalía, la defensa siempre puede revertir esta presunción. Una mera negación, sin embargo, no será suficiente. Una vez que es probable el origen delictivo de los bienes, la carga de refutar esta presunción –no simplemente a negar– radica en la defensa. A este respecto, se menciona que es más apropiado referirse a un cambio parcial en la carga de la prueba, en lugar de su inversión.³⁰⁸

Hay que frisar la necesidad, para la cooperación internacional, de presentar indicios de que los bienes están relacionados con una actividad delictiva, aunque haya un cierto grado de distancia entre ellos. La prueba indirecta o los indicios “son hechos, es decir, acontecimientos o circunstancias, a partir de los cuales y por medio de la experiencia, se puede concluir en otros hechos que están fuera del proceso y constituyen el objeto de la prueba”³⁰⁹, fundamentando una presunción judicial (*hominis*) o una presunción legal relativa (admite prueba en contrario).

Con relación al decomiso, los indicios de la procedencia ilícita de los bienes

teoría es prevista en el art. 6º, VIII, de la ley 8.078/1990, para los casos de violación a los intereses colectivos o difusos, que son directamente relacionados con los actos de corrupción, causadores de daños difusos, afectando campos sociales, políticos y económicos (ver ítem XX), sin olvidarse de que la doctrina brasileña dominante admite la aplicación de esta teoría en cualquier otro tipo de proceso civil, con base en tales principios (Ibidem, p. 124-128).

³⁰⁷ Ver JUNIOR, Fredie Didier et al. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Ed. Podivm, v.2, 2007, p. 65.

³⁰⁸ Este punto de vista fue defendido también por el Ministro de Justicia holandés (L. F. Keyser-Ringnalda, "De" Pluk ze-wetgeving "in het licht van de rechtsbeginselen", DD (1991), 1095 y Wemes L., 'Over het ontnemen van voordeel en het omkeren de (redelijk) verdelen van de bewijslast'. NJB – 1988, *apud* STESSSENS, Guy. Op. cit., p. 72.

³⁰⁹ STEIN, Friederich. *El Conocimiento Privado del Juez*. Bogotá: Temis S.A., 1999, pp. 41-42, *apud* LEITE, Sandro Grangeiro. *Distinções entre fatos notórios, presunções "hominis", indícios e máximas da experiência*. Teresina: Jus Navigandi, ano 14, n.2062, 22 fev. 2009. Disponible en: <http://jus.com.br/revista/texto/12372>>. Consultado en 28 mar. 2013.

fundamentan una presunción judicial (no tipificada) o una previsión legal relativa (*iuris tantum*), que admiten prueba en contrario, provocando una flexibilización en la distribución de la carga de la prueba. De este modo, el autor presenta los indicios del origen ilícito de los bienes, y el reo puede presentar la prueba contraria de que los bienes son lícitos.

Las presunciones legales facilitan la acusación porque los indicios son indicados por la ley y basta presentarlos, como un incremento patrimonial injustificado durante el período de servicio como funcionario público, o un incremento patrimonial injustificado en comparación con el estilo de vida de la persona, generalmente utilizados en decomisos sin condena *in rem*. Ya la presunción judicial, más utilizada en decomisos sin condena *in personam*, dependerá de la interpretación jurisprudencial de acuerdo con el hecho concreto, pero no hay obstáculos legales para su utilización³¹⁰, principalmente en procesos civiles, donde no hay sanción penal, para reparar el daño y evitar el enriquecimiento sin causa, la corrupción y, en última instancia, la injusticia.

El TEDH, en la sentencia del 7 de octubre de 1988, *Salabiaku vs. Francia*, admite las presunciones judiciales o legales en materia penal, dentro de unos límites razonables que tengan en cuenta la importancia de lo que está en juego, dejando al reo la posibilidad de probar lo contrario, lo que es compatible con el principio de la presunción de inocencia previsto en el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.³¹¹

Como las presunciones judiciales o legales son viables en las condenaciones penales, se refuerza el empleo de estas presunciones en los decomisos sin condena, a la vista de los nobles valores que están en juego, sin violación a la presunción de inocencia o a la no autoincriminación, sobre todo porque no hay sanción penal, sino otras consecuencias para recuperar los activos (medida reparatoria) y evitar el enriquecimiento ilícito. Este entendimiento es defendido por el TEDH en diversas oportunidades, como ya fue mencionado anteriormente.

³¹⁰ “La ventaja para la acusación es algo mayor cuando la presunción es legal que cuando es judicial, dado que no será preciso esfuerzo alguno en demostrar la existencia y la idoneidad del nexo entre el indicio y el hecho presunto, extremo éste que suele ser necesario -aunque no necesariamente difícil— cuando el enlace no goza de refrendo legal”. INCHAUSTI, Fernando Gascón. *El decomiso transfeterizo de bienes*. Madrid: Ed. Colex, 2007, p. 95.

³¹¹ *Ibidem*, p. 68.

4.7.5 RECONOCIMIENTO DE DECISIONES EXTRANJERAS SIN CONDENA (*IN REM* O *IN PERSONAM*)

Los arts. 43, 53.a y 54.1.c de la de Convención de Mérida de 2003, así como la recomendación 4 del GAFI de febrero de 2012, al contrario de la doctrina mayoritaria, no restringen el decomiso sin condena a la acción contra la cosa (acción *in rem*), por falta de mención expresa en este sentido. De ahí, es sostenible que cualquier privación definitiva de bienes de origen ilícito, por la autoridad legítima, se encuadraría en las disposiciones de la Convención de Mérida y del GAFI, sean acciones *in rem*, como las extinciones de dominio, sean acciones contra la persona (*in personam*), basadas en la responsabilidad civil derivada del delito o en el enriquecimiento sin causa del derecho civil, acciones utilizadas en Brasil y España³¹². Donde la ley no distingue, no hay por qué distinguir.

De este modo, surgen las siguientes cuestiones con relación a los decomisos sin condena: ¿Un Estado que no tiene la previsión legal del decomiso *in rem* puede ingresar con esta acción, por medio del auxilio directo, en otro Estado que lo prevea? ¿El Estado sin la previsión de decomiso *in rem* puede reconocer una decisión extranjera de este tipo de decomiso? ¿Y en las situaciones inversas, serían posibles enjuiciamientos o reconocimientos de decomisos extranjeros *in personam* a favor de Estados que dispongan el decomiso *in rem*?

En dos documentos de mejores prácticas del GAFI, elaborados en 2010 y 2012, se declara que los Estados deben explorar formas de reconocer decisiones extranjeras sobre decomisos sin condena, incluso si no tienen los mismos tipos de decisiones, recomendándose a mirar más allá de la forma (terminología y etiquetas) para analizar sustantivamente la solicitud. Algunos países reconocen decisiones de decomiso sin condena cuando los bienes están relacionados a hechos penales, incluso en ausencia de un proceso penal.³¹³

Asimismo, la UNODC y el Banco Mundial, en uno de sus libros, alegan que las jurisdicciones deberían, como mínimo, permitir el reconocimiento de decisiones extranjeras sobre decomisos sin condena. Añaden que algunas jurisdicciones extranjeras reconocen estas

³¹² En el libro del Banco Mundial y UNODC, se mencionan decomisos sin condena *in personam* (STEPHENSON, Kevin M. *et al. Barriers to Asset Recovery*. Banco Mundial y UNODC, 2011, p. 67).

³¹³ GAFI. Documento de Mejores Prácticas: decomiso (Recomendaciones 3 y 38), aprobada por el pleno del GAFI en febrero de 2010. GAFI. *Best Practices on confiscation (recommendations 4 and 38) and a framework for ongoing work on asset recovery*. Octubre de 2012.

decisiones, incluso si sus derechos internos permiten sólo decomisos basados en condenas penales.³¹⁴

El art. 44 de la Ley modelo para Latinoamérica sobre extinción de dominio de la UNODC prevé la ejecución de los decomisos sin condena aunque no haya procedimiento semejante en la legislación del Estado requerido, desde que no ofenda su orden público, conforme se observa a continuación:

Se ejecutará la respectiva solicitud de asistencia aún cuando se especifiquen procedimientos y acciones no previstas en la legislación del Estado requerido, siempre que no contradiga principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno.

Como se nota, las solicitudes de cooperación internacional y reconocimientos de decisiones no dependen de legislaciones idénticas, desde que se respeten derechos fundamentales, como ya frisado varias veces en el ítem 2.3. Ahora bien, ¿el decomiso sin condena *in rem* o *in personam* vulnera el orden público? Ya está sedimentado que no, teniendo en cuenta que no es una sanción penal, sino otra consecuencia, y desde que sea utilizado con razonabilidad y proporcionalidad.

Por lo tanto, no importa si la acción es *in rem* o *in personam*, o si la jurisdicción es penal o civil. Lo esencial es que sea posible el decomiso sin condenación penal previa y que todos los afectados sean notificados, con respeto al debido proceso legal y al derecho de los terceros de buena fe, derechos fundamentales que deben ser fielmente cumplidos en cualquier acción enjuiciada en Estados mínimamente democráticos.

Inglaterra, Gales, Isla de Man, Hong Kong, Jersey y Alguacilazgo de Guernsey entendieron viable la cooperación internacional basada en el decomiso sin condena *in rem* aunque no hubiera, en la época, previsión de tal decomiso en sus derechos internos, sino solamente el decomiso *in personam*, y concluyeron que lo más importante es la sustancia (recuperación de activos relacionados a un delito), no la forma, si contra la persona o *in rem*, o si la jurisdicción es penal o civil.³¹⁵

³¹⁴ STEPHENSON, Kevin M. *et al. Barriers to Asset Recovery*. Banco Mundial y UNODC, 2011, p.68-106.

³¹⁵ GREENBERG, Theodore S., *et al. Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Banco Mundial y UNODC, 2009, p. 164-6.

Sin embargo, hay algunas cuestiones sensibles, relacionadas a la voluntad de cooperar de los Estados en decomisos sin condena y a las cuestiones prejudiciales. En primer lugar, la Convención de Mérida de 2003 obliga la cooperación jurídica internacional para el decomiso penal; por eso, es común la exigencia de la cosa juzgada penal para la repatriación de los bienes³¹⁶. No obstante, para el decomiso sin condena, es una “facultad” la cooperación³¹⁷, la cual debe ser ejercitada a la luz de los principios de la solidaridad (para fomentar una cultura de reciprocidad) y de la amplia cooperación entre los Estados.³¹⁸

En cuanto a las cuestiones prejudiciales, algunos países no admiten que acciones civiles sean juzgadas antes de las acciones penales, para que no haya decisiones contradictorias, de modo que solamente en situaciones limitadas (muerte del reo, fuga, exenciones de la culpabilidad, suspensión del proceso, etc.) se pueden entablar acciones civiles independientes de la acción penal.³¹⁹ Se puede interpretar que el entendimiento sobre las cuestiones prejudiciales nacionales no excluirían el reconocimiento de decisiones extranjeras sobre decomisos sin condena simultáneos a la acción penal, pues no hay violación de los derechos fundamentales bajo la óptica internacional, principalmente porque el decomiso sin condena no involucra sanción penal, sino consecuencia extrapenal, de modo que los objetivos y los requisitos son distintos en las esferas jurisdiccionales.

Es sostenible que países que no tienen la previsión legal de decomiso sin condena pueden reconocer decisiones extranjeras en este sentido, conforme recomienda el GAFI, el Banco Mundial y la UNODC, o entablar acciones de este decomiso en otros países que lo prevea (auxilio directo o recuperación directa). La ausencia de previsión legal del decomiso sin condena no significa que sea un instrumento ofensor a los derechos fundamentales; muchas veces falta voluntad política para su tipificación. Se recuerda del art. 12.3 de la DM 2006/783/JAI, en el sentido de que “las resoluciones de decomiso dictadas contra personas

³¹⁶ Art. 54.1.a de la Convención de Mérida de 2003.

³¹⁷ Art. 54.1.c, de la Convención de Mérida de 2003.

³¹⁸ Art. 51 de la Convención de Mérida de 2003.

³¹⁹ “(...) pueden presentarse ciertas complicaciones u obstáculos para poder sustentar una acción civil de carácter resarcitorio, sobre todo si se debe acudir a las instancias administrativas o a la justicia civil, en donde puedan plantearse excepciones de litispendencia o una cuestión prejudicial en tanto no se resuelva la causa penal.” AROCENA, Luis *et al* (coordinador). *Recupero de activos en casos de corrupción: el decomiso de las ganancias del delito estado actual de la cuestión*. 1a ed. Buenos Aires: Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, 2010.

jurídicas se ejecutarán aun cuando el Estado de ejecución no reconozca el principio de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, puesto que las legislaciones no necesitan ser iguales, recomendable incluso la dispensa de la doble incriminación, pero siempre con observancia de los derechos fundamentales básicos.

De todos modos, en última hipótesis, si el Estado admite el decomiso sin condena en determinadas situaciones limitadas, debe reconocer, al menos, decisiones extranjeras sobre decomisos sin condena en las mismas situaciones limitadas, independientemente si el decomiso es *in rem* o *in personam*, o si la jurisdicción es penal o civil. Se imagina que un Estado puede ingresar con una acción civil *in personam* para la recuperación de activos en el caso de fuga o muerte del acusado. Entonces, los otros Estados que ingresan con acciones *in rem* en estas condiciones pueden cooperar entre sí, bien para reconocer una decisión, bien para iniciar una acción a favor del otro Estado, por medio del auxilio directo o recuperación directa, conforme su derecho interno. También lo contrario debe ser cierto.

En otras palabras, la forma no interesa, sino la sustancia, de modo que si un Estado, en un hipotético caso, podría decomisar el bien por medio de acciones diferentes de otro Estado, es posible la cooperación entre estos Estados, en la medida que el resultado sería el mismo en los dos Estados, pero con acciones distintas (*in rem* o *in personam*; civil o penal).

El proceso es un instrumento para concretizar el derecho material, no puede ser fin por sí mismo. Por eso, el proceso justo es lo que sigue el debido proceso legal para la concretización de justicia, independientemente del nombre de la acción o de la jurisdicción, civil o penal.

En cuanto a las jurisdicciones civiles y penales, se recuerda que la jurisdicción es única, de modo que la partición entre jurisdicción civil y penal es una cuestión práctica de división del trabajo, para facilitar su ejercicio.³²⁰ Se demostró que el decomiso de bienes, en la mayoría de los países, tiene carácter civil, razón por la cual acumular esta pretensión en el proceso penal está basado en la economía procesal (no obstante muchas veces cause confusión procesal); luego, no impide su ejercicio en la jurisdicción civil, incluso la más apropiada y familiarizada con discusiones sobre bienes y responsabilidades civiles.

Además, aunque algún Estado no tenga previsión legal de decomiso sin condena *in*

³²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil, parte especial, do direito das obrigações*. vol.11 (arts. 927 a 965). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 462.

rem, como Brasil y España, las recomendaciones internacionales pueden ser aprovechadas para interpretar las responsabilidades civiles derivadas del delito y enriquecimientos sin causa, especialmente con relación a la distribución dinámica de la carga de la prueba y la independencia de la condenación penal. La acción civil *in personam* también puede discutir el origen de los bienes, sin condenación penal previa, basadas en indicios y presunciones parecidos con la acción *in rem*, no obstante sea contra la persona.

En el caso de Brasil, es viable el decomiso sin condena en acciones de improbidad y en las acciones civiles derivadas del delito, que pueden estar basadas en los mismos hechos delictivos, y que pueden tramitar simultáneamente al proceso penal, en razón de la independencia de las esferas civil y penal, sin incidir el *ne bis in idem*, aplicable dentro de la misma esfera del derecho. Ya en España, existe la posibilidad de acciones civiles derivadas del delito acumuladas con acciones penales, pero no pueden existir acciones civiles separadas y simultáneas a la acción penal, por una cuestión de economía procesal, y para evitar decisiones contradictorias (ver ítem 5.6). Estas acciones brasileñas y españolas son basadas, en el fondo, en la responsabilidad civil y en el enriquecimiento sin causa, como será demostrado en el próximo capítulo, fortaleciendo sus reconocimientos y ejecuciones en Tribunales extranjeros.

Es importante resaltar que los Estados Parte de la Convención de Mérida de 2003 deben permitir que el Estado víctima de la corrupción pueda entablar acciones civiles para la recuperación de activos de la corrupción (art. 35 y 53.a de esta Convención). A propósito, hace mucho tiempo que los Estados reconocen decisiones civiles con relación a los particulares extranjeros, incluso decisiones arbitrales, referentes a las responsabilidades civiles y al enriquecimiento sin causa. Luego, por una cuestión de coherencia, se concluye que el Estado víctima puede buscar el reconocimiento de decisiones civiles en Tribunales extranjeros, basados en responsabilidades civiles y enriquecimientos sin causa.

El problema es que, en regla, los particulares deben pedir el reconocimiento de decisiones por medio de la contratación de abogados privados. Por otra parte, como mencionado, la Convención de Mérida de 2003 faculta la cooperación internacional con relación a los decomisos sin condena penal (no es obligatorio). Así, los órganos estatales no son obligados a cooperar, pero sería contrario a la solidaridad y a la tutela efectiva exigir la representación por abogados para concretizar un derecho material que es reconocido habitualmente a los particulares extranjeros.

4.7.6 LA NECESARIA RELACIÓN DEL DECOMISO SIN CONDENA CON UN ACTO DE CORRUPCIÓN

Para que sean prestadas cooperaciones internacionales con fundamento en la Convención de Mérida de 2003, los decomisos sin condena *in rem* o *in personam* deben estar relacionados con un hecho de corrupción penalmente tipificado.

En primer lugar, para que haya una relación entre estos institutos civiles con algún delito, hay que analizar de modo abstracto si los mismos hechos pueden caracterizar un delito, independientemente de la condenación penal. Ricardo Juan Sanchez usa la apropiada expresión *responsabilidad civil derivada de hecho tipificado penalmente*, razón por la cual no es necesario analizar todos los elementos del delito, bastando la “descripción del hecho como delito o falta por la ley penal”.³²¹ Otra definición adecuada es la *responsabilidad civil por actos de apariencia delictiva*, justamente porque no hubo una condenación penal.³²²

Esta concepción es fundamental para la cooperación internacional, puesto que meros actos ilícitos, desvinculados de hechos corruptos, no son abarcados por la Convención de Mérida de 2003, sea con relación a acciones *in rem*, sea con relación a acciones *in personam*. Luego, el decomiso sin condena debe estar basado en un hecho tipificado penalmente (tipicidad penal); en el caso, hechos de corrupción dispuestos en la mencionada Convención.

Es por eso que el “concepto básico 2” del decomiso sin condena, previsto en el Guía de buenas prácticas del Banco Mundial y UNODC, exige “la relación entre un caso de decomiso de activos NCB [decomiso sin condena] y cualquier proceso penal, incluyendo una investigación pendiente”, no importando si las acciones civiles y penales son simultáneas o no.³²³ De hecho, lo ideal es la presencia de algún proceso o investigación penal relacionados al decomiso sin condena, pero puede ser que sea inviable la instauración de tales procesos en casos de muerte, prescripción, injerencias políticas, etc. Por eso que, en casos excepcionales, podría ser posible la justificación de la ausencia de una investigación o un proceso penal.

³²¹ SÁNCHEZ, Ricardo Juan. *La responsabilidad civil en el proceso penal: actualizado a la ley de juicios rápidos*. Madrid: La Ley, 2009, p. 19.

³²² DE LA OLIVA SANTOS, Andres. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramon Areces, 1997. p. 250.

³²³ GREENBERG, Theodore S., et al. *Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Banco Mundial y UNODC, 2009, p. 28-29.

De cualquier forma, la regla es que haya procesos o investigaciones penales, los cuales pueden estar extintos, archivados, suspensos o en andamiento, pero los mismos hechos pueden basar una acción civil para la recuperación de activos. La única excepción es si hay decisión penal por la inexistencia del hecho penal o de la autoría, como definen la gran mayoría de las jurisdicciones, como Brasil y España, caso en que no es posible entablar una acción civil con base en los mismos hechos, puesto que la cosa juzgada penal vincula la jurisdicción civil, solamente en estos supuestos.³²⁴

Otra cuestión es que, en el delito, el dolo es la regla, y la culpa la excepción (con previsión expresa). En la responsabilidad civil la culpa es *lato sensu*, que comprende el dolo, y la culpa es *strictu sensu* (negligencia, imprudencia e impericia), sin olvidarse de la responsabilidad objetiva en determinados supuestos. Además, en las acciones civiles basadas en el enriquecimiento sin causa, no se discute la culpa, sino el enriquecimiento injustificado a costa de otro (ver ítem 5.2). Con esta línea de raciocinio, el dolo y la culpa del delito no deben ser cuestionados para la cooperación internacional sobre decomisos sin condena, de modo que un análisis abstracto de la tipicidad penal ya es suficiente, resaltándose que el juez civil no analiza la responsabilidad penal, conforme enseña SÁNCHEZ sobre el tema:

No cabe duda que al Juez civil no le corresponde pronunciarse sobre una hipotética responsabilidad penal, por ejemplo, del acusado fallecido durante la tramitación del proceso penal, pero sí puede fijar los siguientes aspectos: la existencia de los hechos y su antijuridicidad y culpabilidad desde un punto de vista civil — cuestiones que deberá resolver necesariamente en todo caso—, y a su vez comprobar su tipicidad penal. En nada debe afectar al razonamiento del Juez civil la punibilidad o no de los hechos.³²⁵

Asimismo, los decomisos *in rem* no discuten el dolo o la culpa de la conducta relacionada al delito que generó los bienes decomisados, pues la acción es contra la cosa, excepto con relación a eventual culpa de terceros en la adquisición de bienes ilícitos (buena fe). Los decomisos *in rem* tampoco analizan la responsabilidad penal, reforzando la impertinencia de analizar culpas y dolos de los supuestos delitos relacionados a los bienes, los cuales tienen un enfoque diferente del ámbito civil.

³²⁴ España - ver art. 116 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; Brasil - ver art. 935 del Código Civil.

³²⁵ SÁNCHEZ, Ricardo Juan. *La responsabilidad civil en el proceso penal: actualizado a la ley de juicios rápidos*. Madrid: La Ley, 2009, p. 62.

Una de las recomendaciones del Banco Mundial es que las jurisdicciones aseguren que la carga de la prueba no sea muy rigurosa para demostrar que los activos están vinculados a actividades criminales, no necesariamente con un delito penal específico.³²⁶ Los requisitos del decomiso sin condena *in rem* o *in personam* son muy distintos de los requisitos para una condenación penal; por consiguiente, la mera descripción de los hechos con apariencia delictiva es lo necesario para propiciar la cooperación internacional relacionada a un decomiso sin condena.

De esta forma, puede ser que no haya indicios suficientes para una condenación penal, que debe estar basada en un juicio de certeza, pero puede ser que haya indicios para un decomiso sin condena, fundamentado en presunciones judiciales o legales. No se quiere decir que estas presunciones sean frágiles al punto de generar inseguridades jurídicas, pero que sean suficientes para decomisar bienes relacionados a la corrupción, sin sanciones penales.

En este orden de ideas, no se descartan presunciones legales o judiciales sobre el incremento patrimonial injustificado del funcionario público, debido a su deber legal de rendir cuentas y así demostrar la licitud de sus incrementos patrimoniales desproporcionales con su renta. Como alegado por el Ministro del STF Marco Aurélio de Melo, al analizar el principio de la moralidad, “el agente público no solo tiene que ser honesto y probo, pero tiene que mostrar que posee tal calidad. Como la mujer de César”.³²⁷

Sin embargo, para que sea efectivada la cooperación internacional, no bastan acciones civiles con fundamento en la desproporción entre bienes y rentas, sino que se debe presentar indicios de algún delito de corrupción, aunque esta exigencia no sea obligatoria en el derecho interno de determinado país –para que no haya cooperación en meros ilícitos civiles, como una simple multa de vehículo. El delito de corrupción que generó el incremento patrimonial injustificado puede ser incluso el propio delito de enriquecimiento ilícito, y si el Estado requerido utiliza la facultad de exigir la doble incriminación, entonces este Estado también debe criminalizar el enriquecimiento ilícito. Los Estados que no criminalizan el enriquecimiento ilícito deben presentar indicios sobre otros hechos corruptos, no obstante puede ser que sea posible internamente buscar la restitución de los incrementos patrimoniales injustificados con la mera desproporción entre bienes y rentas del funcionario público, basado

³²⁶ STEPHENSON, Kevin M. *et al. Barriers to Asset Recovery*. Banco Mundial y UNODC, 2011, p. 105.

³²⁷ STF – 2ª Turma – RE nº 160.381-SP – Rel. Min. Marco Aurélio. RTJ 153/1.030.

en el enriquecimiento sin causa del derecho civil doméstico (ver ítem 5.4).

La gran mayoría de los Estados Parte de la Convención de Mérida de 2003 no ha tipificado como delito el enriquecimiento ilícito, entre ellos muchos de Europa Occidental y América del Norte, así como de los centros financieros del mundo. En un libro del Banco Mundial y la UNODC, se alude a que varias jurisdicciones informaron que las solicitudes de asistencia jurídica en los casos de enriquecimiento ilícito a menudo se retrasan o se deniegan en razón de la ausencia de doble incriminación.³²⁸

Por otra parte, como buen ejemplo, Argentina informó que España, aunque no lo criminalice, ha prestado la asistencia jurídica en un caso de enriquecimiento ilícito, por interpretar los hechos de fondo como un fraude. Asimismo, Estados Unidos no criminaliza el enriquecimiento ilícito, por incompatibilidad con la Constitución estadounidense (inversión de la carga de la prueba), pero también puede cooperar por medio de la identificación de otros delitos que se ajustan a la conducta, como el soborno, el blanqueo de capitales y otros delitos económicos, incluso la evasión fiscal.³²⁹ De esta forma, según Schmid, el Estado requerido debe analizar los hechos investigados (no la infracción penal) en comparación con su ordenamiento jurídico, para preguntar si tales hechos se consideran penales si se cometen en territorio patrio.³³⁰

Incluso sobre el tema, vale resaltar que se suele tipificar el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, de modo que son escasas las legislaciones que criminalizan el enriquecimiento ilícito de particulares, como Colombia³³¹, Pakistán³³² y Bolivia³³³. Otros

³²⁸ MUZILA, Lindy *et al.* *On the take: criminalizing illicit enrichment to fight corruption*. Banco Mundial y UNODC, 2012, p.62.

³²⁹ Ibidem, p.63-64.

³³⁰ Schmid, Jean-Bernard. 2006. "Off the Beaten Track: Alternatives to Formal Cooperation." In: Denying Safe Haven to the Corrupt and the Proceeds of Corruption: Enhancing Asia-Pacific Cooperation on Mutual Legal Assistance, Extradition, and Return of the Proceeds of Corruption, 25–28. Papers presented at the fourth Master Training Seminar of the ADB/OECD Anti-Corruption Initiative for Asia and the Pacific. Manila: OECD, p. 45, *apud* MUZILA, Lindy *et al.* *On the take: criminalizing illicit enrichment to fight corruption*. Banco Mundial y UNODC, 2012, p. 63.

³³¹ Art. 327 del Código Penal colombiano.

³³² "Abdul Aziz Memon v. State, 2003 YLR 617, concerning provisions of Section 9(a)(v) relating to assets beyond known sources", *apud* MUZILA, Lindy *et al.* *On the take: criminalizing illicit enrichment to fight corruption*. Banco Mundial y UNODC, 2012, p.14.

³³³ Artículo 28 de la Ley Ley de Lucha contra la Corrupción, Enriquecimiento Ilícito e Investigación de Fortunas Marcelo Quiroga Santa Cruz, Ley 004 (31-Marzo-2010). Nombre del delito: "Enriquecimiento Ilícito de Particulares con Afectación al Estado."

países criminalizan a las personas que son miembros de la familia de un funcionario público y por lo tanto pueden ser considerados como posibles beneficiarios o partícipes, como El Salvador, Egipto y Paraguay³³⁴. De esta manera, las mismas observaciones sobre la cooperación internacional para el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos también valen para los particulares, en el sentido de que el simple incremento patrimonial injustificado puede no ser suficiente, dependiendo del requisito de la doble incriminación, y conforme el análisis de los hechos circunstanciales del enriquecimiento (los indicios del delito que generó el enriquecimiento).

³³⁴ MUZILA, Lindy *et al.* *On the take: criminalizing illicit enrichment to fight corruption*. Banco Mundial y UNODC, 2012, p. 15.

5 RESPONSABILIDAD CIVIL Y ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DERIVADOS DEL DELITO

5.1 RESPONSABILIDAD CIVIL *EX DELICTO*. LAS VÍCTIMAS Y EL DIFERENCIAL DEL DAÑO

Los delitos de corrupción también generan la responsabilidad civil solamente cuando hay daño, con una función reparatoria, sin carácter penal³³⁵. Puede ser que haya un delito sin responsabilidad civil, si no hay daño, como algunos crímenes intentados, de mera conducta, formales o de peligro³³⁶ (no obstante, será demostrado que en el tema de corrupción, en la mayoría de los casos, el daño es prácticamente inherente). Al revés, hay casos de responsabilidad civil sin que haya delito, pues los actos ilícitos (violan el derecho) son mucho más amplios, de modo que depende de la política criminal para tipificar un acto ilícito.

Por lo tanto, el daño es el complemento necesario para que un delito de corrupción también pueda proporcionar una acción civil derivada de un hecho tipificado penalmente, sumado a los otros requisitos comunes de la responsabilidad civil: 1) acción u omisión; 2) culpa *lato sensu* (dolo o culpa *strictu sensu*), o la responsabilidad objetiva en determinados casos legales; y 3) nexo causal entre la acción u omisión y el daño. La reparación de los daños causados por la corrupción es tan importante que fue dedicado un artículo en la Convención de Mérida de 2003 sobre el asunto:

Art. 35 - Indemnización por daños y perjuicios. Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, de conformidad con los principios de su derecho interno, para garantizar que las entidades o personas perjudicadas como consecuencia de un acto de corrupción tengan derecho a iniciar una acción legal contra los responsables de esos daños y perjuicios a fin de obtener indemnización.

El concepto de daño está en proceso de constante transformación y ampliación, principalmente con los derechos de tercera generación, relacionados a los intereses difusos,

³³⁵ SÁNCHEZ, Ricardo Juan. *La responsabilidad civil en el proceso penal: actualizado a la ley de juicios rápidos*. Madrid: La Ley, 2009, p. 20.

³³⁶ STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil, Doutrina e Jurisprudência*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2007, p. 119. Nada obsta, sin embargo, que hechos penales sin resultados naturalísticos generen daños, como una tentativa de homicidio que causa lesiones.

como los daños de la corrupción, que alcanzan al Estado víctima y su sociedad, a menudo con reflejos en otros Estados y sociedades, revelando daños supraindividuales e incluso supranacionales. En la medida que se expande el derecho (penal y extrapenal), estimulado por la globalización, surgen nuevos daños y víctimas.

Las víctimas de la corrupción que pueden iniciar una acción por responsabilidad civil pueden ser las personas jurídicas, de derecho público o privado, y las personas físicas perjudicadas. Sin duda, el Estado es la víctima inmediata más común de los actos corruptos, mayor interesado en la reparación de los daños.

Sin embargo, con respecto a la legitimación procesal para entablar este tipo de acción, las asociaciones profesionales y las asociaciones de consumidores pueden desempeñar un papel importante en la protección de los intereses de los asociados que hayan sufrido daños por actos de corrupción. Por ejemplo, si han sido injustamente excluidos de los procedimientos de licitación, o han perdido otras ganancias legítimas, o si son obligados a pagar precios injustificadamente altos debido a los sobornos en determinados sectores económicos.³³⁷

Caparrós menciona los graves daños de la corrupción en las áreas económica, política y social. En el ámbito económico, aumentan los gastos públicos de forma injustificada (ej.: obras innecesarias, sobrepagos, etc.), proporcionan la competencia desleal, hasta monopolizaciones (ej.: licitaciones dirigidas), y retraen las inversiones extranjeras, disuadidas por la necesidad de sobornar para mantenerse en el mercado. El efecto político negativo se refiere a la falta de confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas, con el progresivo proceso de deslegitimación del Estado Democrático de Derecho. También son afectados derechos fundamentales, aumentando las desigualdades en perjuicio de los más desfavorecidos, principalmente por perjudicar inversiones en la salud o en la educación.³³⁸

Al respecto, en informe de la ONU, consta que representantes de varios países confirman la estrechísima relación entre la corrupción y la violación de los derechos humanos, conforme se verifica abajo:

³³⁷ MARIANI, Paola. *How Damages Recovery Actions Can Improve the Fight Against Corruption: The Crisis of Criminal Law Policies and the Role of Private Enforcement in an Italian Case of Judicial Corruption* (February 17, 2012). Bocconi Legal Studies Research Paper n°. 2007241. Disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2007241>. Consultado en 10/04/2013.

³³⁸ CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2003, p. 27-35

Durante el debate, todos los oradores hicieron hincapié en los vínculos entre la corrupción y los derechos humanos, desde los efectos negativos de la corrupción en una amplia gama de derechos humanos hasta la importancia de los derechos humanos en el fortalecimiento de las actividades anticorrupción. Muchos reconocieron que la corrupción afectaba a todos los países y subrayaron la necesidad de combatirla en los planos nacional e internacional con un enfoque integral y una mayor cooperación. La corrupción generaba injusticia y obstaculizaba el ejercicio de los derechos humanos, la consecución del desarrollo y de los ODM, entre otras cosas, la erradicación de la pobreza y del hambre y la prestación de servicios básicos. También limitaba gravemente la capacidad de la administración pública para garantizar el disfrute de los derechos humanos. La lucha contra la corrupción era un aspecto importante para la garantía de los derechos humanos y se necesitaban esfuerzos concertados para combatir la corrupción y sus manifestaciones.³³⁹

Los daños rescatables causados por la corrupción son representados por daños materiales (daños emergentes o lucros cesantes), daños morales, pérdida de una oportunidad y daños sociales. Cuando un funcionario público se apropia de bienes muebles o inmuebles del Estado, con pruebas concretas sobre la apropiación, es fácil la verificación y cuantificación del perjuicio (daño emergente). El problema ocurre cuando el funcionario público recibe bienes o cambia favores con particulares para práctica de actos contrarios a la Administración Pública (licitaciones dirigidas, sobreprecios, venta de decisiones, etc.), o cuando los bienes son derivados de forma indirecta del delito, casos en que será difícil probar el daño, pero no imposible.

Los lucros cesantes tienen fundamental importancia para cuantificar los daños de la corrupción, que causa un efecto dominó, con carácter difuso, verificable en las áreas económica, política y social, conforme mencionado. Lo que más interesa para el lucro cesante son las pérdidas de valores razonablemente esperados, pero que, a causa de la corrupción, no se obtuvieron, como la diferencia entre los precios del mercado y el precio de una contratación fraudulenta, impuestos no recaudados, etc.³⁴⁰ Afirma Giorgi que la razón y el buen tino deben cuantificar los lucros cesantes, debido a la dificultad probatoria, dando lugar

³³⁹ ONU. Asamblea General. Consejo de Derechos Humanos. *Informe resumido acerca de la mesa redonda sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos*. Mesa redonda celebrada en Ginebra el 13 de marzo de 2013 (A/HRC/23/26).

³⁴⁰ OCDE y Banco Mundial. *Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery*. Febrero de 2012, p. 34. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264174801>.

al arbitrio del juez en la apreciación de los casos.³⁴¹

En otro tipo de daño causado por la corrupción, el Tribunal de Milán ya aplicó la teoría de la pérdida de una oportunidad para un caso de soborno, en el cual un juez fue corrompido para proferir una decisión favorable. El Tribunal cuantificó el daño de la víctima por medio de las probabilidades de que el demandante gane el proceso judicial si no hubiesen sobornado al juez del caso.³⁴²

La jurisprudencia brasileña también adopta la teoría francesa de la pérdida de una oportunidad (*perte d'une chance*), sosteniendo que no es daño emergente ni lucro cesante, pero algo intermediario, precisamente la pérdida de una oportunidad seria y real, no hipotética, que probablemente ocurriría si no fuera el acto ilícito. Sin embargo, el autor no será indemnizado con el valor total de la oportunidad perdida, sino con cuantías menores, en conformidad con las probabilidades de éxito.³⁴³

Con relación a los daños difusos de la corrupción, la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), en las Jornadas Iberoamericanas en Madrid, el septiembre de 2011, rescató la propuesta de Costa Rica sobre la condenación por daños sociales causados por la corrupción (similar al daño moral colectivo), recomendando establecer un modelo tipo de legislación sobre daños sociales.³⁴⁴ Se alude a que Costa Rica ha recuperado US\$ 22 millones por daños sociales de la corrupción, con el cobro de otros valores. Se conceptuaron los daños sociales de la corrupción de la siguiente forma:

(...) [daño social es] aquel menoscabo, afectación, detrimento, disminución o pérdida del bienestar social (dentro del contexto del derecho a vivir en un ambiente sano) ocasionado por un hecho de corrupción el cual sufre injustificadamente una

³⁴¹ Giorgio Giorgi. *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*. v. 2, n. 96, apud GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil, parte especial, do direito das obrigações*. vol.11 (arts. 927 a 965), São Paulo: RT, 2003, p. 323.

³⁴² MARIANI, Paola. *How Damages Recovery Actions Can Improve the Fight Against Corruption: The Crisis of Criminal Law Policies and the Role of Private Enforcement in an Italian Case of Judicial Corruption* (February 17, 2012). Bocconi Legal Studies Research Paper nº. 2007241. Disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2007241>. Consultado en 10/04/2013.

³⁴³ (REsp 1190180/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 22/11/2010); (REsp 1079185/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 04/08/2009); (REsp 788.459/BA, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 08/11/2005, DJ 13/03/2006, p. 334)

³⁴⁴ Se podría decir que los daños sociales son presumidos (*in re ipsa*), pues derivan directamente del hecho corrupto.

pluralidad de individuos —no el Estado— al producirse una afección material o inmaterial a sus intereses difusos o colectivos y ante el cual surge el deber de reparar.³⁴⁵

Los daños difusos son de difícil liquidación, razón por la cual el art. 27, párrafo único, del Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica dispone que “si fuere difícil o imposible la producción de pruebas, en razón de la extensión del daño o de su complejidad, la cuantía de la indemnización será fijada por peritaje arbitral”. Lo ideal es que expertos multidisciplinarios, especialmente de las áreas económica, política y social, proporcionen parámetros mínimos para cuantificar los variados daños de la corrupción.

Según Paola Mariani, a ejemplo de las publicaciones de la Comisión de la UE sobre la cuantificación de los daños relacionados a la defensa de la competencia³⁴⁶, las organizaciones internacionales que participan en la lucha contra la corrupción deberían promover un estudio orgánico y sistemático, desde el punto de vista jurídico y económico, del concepto de los daños y perjuicios resultantes de las prácticas corruptas, con el fin de desarrollar un ambiente positivo para que las víctimas de la corrupción promuevan acciones civiles por daños.³⁴⁷

5.2 ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA DERIVADO DE LA CORRUPCIÓN BAJO LA ÓPTICA DEL DERECHO CIVIL

El milenar principio del enriquecimiento sin causa, injusto o ilícito³⁴⁸ es el principal fundamento para el decomiso del producto del delito, con o sin condenación penal, en la

³⁴⁵ Ver: “Communication dated 20 August 2012 from the Permanent Mission of Costa Rica to the United Nations in Vienna requesting the United Nations Office on Drugs and Crime to include the updated version of the document entitled “Corruption and social damage” as part of the working documents of the Open-ended Intergovernmental Working Group on the Prevention of Corruption and the Open-ended Intergovernmental Working Group on Asset Recovery”. CAC/COSP/WG.4/2012/CRP.1–CAC/COSP/WG.2/2012/CRP.2

³⁴⁶ “Libro blanco sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia” (COM (2008) 165 final), y “Quantifying antitrust damages, towards non-binding guidance for courts, Study prepared for the European Commission”, Diciembre de 2009, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la UE, 2010.

³⁴⁷ MARIANI, Paola. Op. cit. Disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2007241>. Consultado en 10/04/2013.

³⁴⁸ Aunque haya divergencias sobre el tema, serán utilizados como sinónimos los términos enriquecimiento sin causa, injusto o ilícito, como defiende parte de la doctrina, no obstante sea irrelevante la práctica de un acto ilícito para el enriquecimiento sin causa (SIDOU, J.M. Othon. *Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004)

jurisdicción penal o civil, puesto que nadie puede enriquecerse a costa de otro sin una justa causa. En el caso de la corrupción, los agentes corruptos no pueden enriquecerse sin causa a costa del Estado, sin cualquier reprimenda estatal. Nadie puede beneficiarse de su propia torpeza. La relación próxima del enriquecimiento sin causa con el decomiso del producto del delito es sostenida con coherencia por Jorge Vizueta Fernández³⁴⁹:

La opinión sustentada respecto al fundamento y finalidad del comiso de ganancias debe ser decisiva para la determinación de su naturaleza jurídica. Que su fundamento sea la obtención antijurídica de un enriquecimiento patrimonial, y su única finalidad, a nuestro parecer, la eliminación de tal enriquecimiento, aleja el comiso de ganancias de todo atisbo sancionador, y lo aproxima, en el sentido que ahora veremos, a una figura de construcción básicamente jurisprudencial: el enriquecimiento injusto o sin causa.

En efecto, el comiso de ganancias y el enriquecimiento sin causa manejado por la doctrina civilista albergan aspectos coincidentes. Ambas figuras se sostienen sobre la idea del enriquecimiento patrimonial. Y aunque en el caso del comiso de ganancias es más limitada la razón de la ganancia –la realización de una conducta antijurídica constitutiva de un ilícito penal doloso, las dos figuras se caracterizan porque el enriquecimiento patrimonial no encuentra justificación en causa alguna que pueda considerarse justa por el ordenamiento jurídico. Coincide, asimismo, al menos en su esencia, el fin perseguido por el comiso de ganancias y por la figura del enriquecimiento sin causa, evitar o impedir un lucro injusto, con independencia ya de las distintas posturas existentes sobre la motivación, alcance y medida de la restitución.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso “Dassa Foundation y otros contra Liechtenstein”, de 10 de julio de 2007, concluyó que el decomiso previsto en la legislación de Liechtenstein es comparable con el enriquecimiento sin causa del derecho civil, sin configurar una sanción penal. Véase:

Having regard to all relevant factors for the assessment of the existence of a penalty, the Court concludes that, given in particular the nature of forfeiture under Liechtenstein law which makes it comparable to a civil law restitution of unjustified enrichment, the orders of seizure made against the applicant foundations in view of a subsequent forfeiture of their assets did not amount to a “penalty” within the meaning of Article 7 § 1, second sentence, of the Convention.

Es importante tener en cuenta que no hay que confundir la responsabilidad civil con el enriquecimiento sin causa, como defienden las doctrinas brasileña y española. La

³⁴⁹ FERNANDÉZ, Jorge Vizueta. *El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas*. Universidad de Huelva. Revista Penal, nº 19, 2007, p. 168

responsabilidad civil está basada en la culpa (en regla), en el acto ilícito y en el daño, para repararlo integralmente, volviendo el patrimonio del lesionado al estado anterior. Por otra parte, el enriquecimiento sin causa se fundamenta en el enriquecimiento injusto a costa de otro (en la corrupción, a costa del Estado), sin apreciación de culpa, acto ilícito o daños, buscándose la restitución del incremento patrimonial indebido, no necesariamente para retornar al *status quo ante*.³⁵⁰

Con base en estos parámetros, hay casos en que no se verifica la ocurrencia del daño por la práctica de la corrupción³⁵¹, o el daño es mucho más pequeño que el enriquecimiento del agente corrupto, como un soborno sin consecuencias prácticas. En estos casos, es posible acumular en la misma acción la responsabilidad civil (cuando hay daños) y el enriquecimiento sin causa (cuando las ganancias sobrepasan los daños, conforme sostiene la doctrina española)³⁵², o solamente basarse en el enriquecimiento sin causa, cuando no se vislumbran daños, pero hay ganancias, como sobornos o riquezas injustificables de los funcionarios públicos.

Con relación a los requisitos del enriquecimiento sin causa, hay algunos más consensuales en la doctrina, son ellos: 1) el enriquecimiento; 2) la ausencia de justa causa; y 3) la obtención a costa de otro. Otros requisitos son más controvertidos, como el empobrecimiento y la subsidiariedad³⁵³. Serán comentadas algunas cuestiones que más afectan el enriquecimiento sin causa derivado de la corrupción.

Hay muchas discusiones doctrinarias para definir la ausencia de justa causa, pero se puede decir, en general, que es la contraria al derecho³⁵⁴. El enriquecimiento derivado de la corrupción obviamente no tiene justa causa. Sin embargo, no hay relevancia para el

³⁵⁰ NANNI, Giovani Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 213-218.

³⁵¹ *In practice, however, it may be difficult to prove that an act of bribery is the direct cause of a material loss.* BRUN Jean-Pierre et al. *Asset Recovery Handbook: a guide for practitioners*. Banco Mundial y UNODC, 2011, p. 162-163.

³⁵² “Ciertamente, una acción por enriquecimiento, combinada con la de responsabilidad, puede absorber en muchos casos el plus de ganancia o beneficio que va más allá del daño.” XV Jornadas de la Asociación de Profesores de De Derecho Civil. *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*. A Coruña. 8 y 9 de abril de 2011, Murcia: Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2011, p. 33.

³⁵³ KROETZ, Maria Candida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. Tesis de Doctorado en Derecho. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2005, p. 76.

³⁵⁴ ALMEIDA, L.P. Moitinho de. *Enriquecimento sem causa*. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 70.

enriquecimiento sin causa si el acto es ilícito; basta el enriquecimiento sin justa causa a costa del Estado. No obstante, el enriquecimiento sin causa puede ser fundamentado en un delito³⁵⁵, conforme mencionado en el inicio de este ítem. La principal diferencia es que, si solo hay daño, las responsabilidades civiles derivadas del delito suplen la necesidad de la utilización del enriquecimiento sin causa.

Con respecto a la expresión “a costa de otro”, la Transparencia Internacional y el Banco Mundial definen la corrupción, de modo general, como el abuso del poder delegado para la obtención de beneficios privados³⁵⁶. Por eso, no hay dudas de que la persona se enriquece a costa del Estado, que delega el poder al funcionario público, el cual, por su vez, utiliza la Administración Pública para la práctica de la corrupción. En consecuencia, el Estado es la principal víctima y principal titular del derecho violado, razón por la cual es el destinatario de la restitución del producto del delito³⁵⁷, aunque no haya su empobrecimiento.

A propósito, cada vez más la doctrina abandona el clásico entendimiento de empobrecimiento de una de las partes³⁵⁸. De hecho, hay innumerables situaciones en que hay enriquecimiento sin empobrecimiento del otro. En casos de soborno, se puede contratar una empresa con precios de mercado, pero el soborno genera un enriquecimiento sin causa a costa del Estado, sin empobrecerlo, caso en que será posible decomisar el soborno basado en el

³⁵⁵ En el sistema del *common law* se utiliza el instituto civil del enriquecimiento sin causa (“unjust enrichment”) con relación a los delitos de corrupción (ver próximo ítem). Caperochipi también alega la posibilidad del enriquecimiento sin causa derivado del acto ilícito (CAPEROCHIPÍ, J. A. A. *El enriquecimiento sin causa*. Universidad de Santiago de Compostela, 1979, p. 87). La respetable doctrina de Planiol, aunque minoritaria, fundamenta el enriquecimiento sin causa en un facto ilícito. (PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire*, II, n. 937; Ripert & Bounlager. *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, II, p. 431, n. 1262, *apud* ALMEIDA, L.P. Moitinho de. *Enriquecimento sem causa*. 2ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 21.

³⁵⁶ ABBOUD, Alexandra M. *Temas de la democracia: cómo combatir la corrupción*. EJornalUSA, Volumen 11, número 12, 2006, p. 1; Transparencia Internacional. *Índice de percepción de la Corrupción 2011. Preguntas frecuentes*. Disponible en http://www.transparencia.org.es/IPC%C2%B4s/IPC_2011/PREGUNTAS_M%C3%81S_FRECUENTES_IPC_2011.pdf. Consultado en 15/04/2013.

³⁵⁷ La doctrina está de acuerdo que el titular del derecho violado es quien debe ser restituido (ver SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção*. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 115). La minuta del Tercero “Restatement of Restitution and Unjust Enrichment”, elaborada por “The American Law Institute”, también defiende la restitución al titular del derecho violado: “gains realized in violation of another’s legally protect rights must be given up to the person whose rights have been violated” (Ibídem).

³⁵⁸ Caperochipi menciona que “queda muy claro que la acción de enriquecimiento es independiente del correlativo empobrecimiento” (CAPEROCHIPÍ, J. A. A. *El enriquecimiento sin causa*. Universidad de Santiago de Compostela, 1979, p. 87). En la I Jornada de Derecho Civil del Consejo de la Justicia Federal brasileño, compuesta por ilustres civilistas, fue aprobado el enunciado 35, que dispensa el empobrecimiento en el enriquecimiento sin causa: “Art. 884: a expressão “se enriquecer à custa de outrem” do art. 884 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento”.

instituto civil en análisis. El creciente entendimiento de que no es necesario el empobrecimiento para el enriquecimiento sin causa refuerza la aproximación entre este instituto y el decomiso del producto del delito, como bien advierte Jorge Vizuela Fernández³⁵⁹:

Incluso, alguno de los aspectos tradicionales del enriquecimiento sin causa que menos parece acomodarse al instituto del comiso de ganancias, ha sido reconsiderado por parte de la doctrina civilista, dando como resultado un mayor acercamiento entre ambas figuras. Nos estamos refiriendo al requisito del correlativo empobrecimiento injusto de otra persona. (...)

En definitiva, el menoscabo o empobrecimiento del patrimonio de una persona no es requisito del comiso de ganancias. Tampoco es consustancial, como veremos, al enriquecimiento sin causa, al menos para un sector importante de la doctrina. (...)

En los últimos años, sin embargo, se han alzado entre los autores voces que disienten de esta opinión, de tal modo que no puede decirse ya que existe unanimidad en la defensa del empobrecimiento del actor como condición necesaria del enriquecimiento sin causa.

5.3 UNJUST ENRICHMENT (CONSTRUCTIVE TRUST)

Estados Unidos, por ejemplo, no criminaliza el enriquecimiento ilícito, pero utiliza el instituto civil del enriquecimiento sin causa (*unjust enrichment*), fuertemente influenciado por el derecho inglés, para recuperar los activos de la corrupción³⁶⁰, que es una de sus diversas finalidades. No obstante los requisitos del enriquecimiento sin causa del sistema *common law* sean diferentes del sistema *civil law*, la esencia del instituto es la misma. Tanto es verdad que el principio básico de este instituto en Estados Unidos es “a person who is unjustly enriched at the expense of another is subject to liability in restitution”.³⁶¹ Es decir, una persona que se ha

³⁵⁹ FERNANDEZ, Jorge Vizuela. *El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas*. Universidad de Huelva. Revista Penal, nº 19, 2007, p. 169.

³⁶⁰ En relatório sobre la “base legal” estadounidense del *unjust enrichment*, se alude que “these causes of action are an important tool in the fight against government corruption, and governments, including the United States, are frequent plaintiffs in such cases. See, e.g., *United States v. Carter*, 217 U.S. 286, 305-09 (1910) (quoted at Resp. Br. 26); *United States v. Podell*, 572 F.2d 31, 34-35 (2d Cir. 1978); *Continental Management, Inc. v. United States*, 527 F.2d 613, 615-17 (Ct. Cl. 1975) (holding that government can recover the bribe from the briber, instead of the bribee, and collecting cases)”. Rendleman, Doug and Laycock, Douglas, Brief of Reporter and Advisers to Restatement (Third) Restitution and Unjust Enrichment, as Amici Curiae in Support of Respondent (November 17, 2011). Washington & Lee Legal Studies Paper No. 2011-20. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1961261> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1961261>

³⁶¹ “Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment §1 (2011)”. El proyecto del Código Civil Europeo (Draft Common Frame of Reference - DCFR), elaborado por Study Group on a European Civil Code,

enriquecido injustamente a costa de otra está sujeta a la restitución, concepto básico que se aproxima al enriquecimiento sin causa del *civil law*.

Además, el *unjust enrichment* no necesita del empobrecimiento³⁶², armonizándose con parte de la doctrina civilista del sistema *civil law*. De acuerdo con un libro del Banco Mundial y UNODC, con base en el *unjust enrichment*, los tribunales de algunas jurisdicciones han decidido que el recibimiento de sobornos da lugar a la responsabilidad basada en la falta de honradez, con independencia de cualquier perjuicio, agregando que cualquier pérdida en exceso del soborno debe ser recuperada a la luz de los daños.³⁶³

Con fundamento en el *unjust enrichment*, deriva el remedio jurídico del *constructive trust* presente en el *common law*, que busca judicialmente la restitución de los bienes para evitar el enriquecimiento injusto, instituto con diversos conceptos y aplicable en diversas situaciones³⁶⁴, como en casos de corrupción³⁶⁵, basado con frecuencia en la equidad, en la deslealtad y en el rompimiento de la confianza.³⁶⁶

Gambeta, citado y apoyado por Bustos, menciona la presencia de tres actores en todo fenómeno de corrupción: 1) *Truster*: el sujeto que confiere la confianza (*trust*) a un Fiduciario

dedica un libro al enriquecimiento injustificado (Unjustified enrichment - Book VII), definiendo como regla básica: “a person who obtains an unjustified enrichment which is attributable to another’s disadvantage is obliged to that other to reverse the enrichment”.

³⁶² While the paradigm case of unjust enrichment is one in which the benefit on one side of the transaction corresponds to an observable loss on the other, the consecrated formula “at the expense of another” can also mean “in violation of the other’s legally protected rights,” without the need to show that the claimant has suffered a loss. Rendleman, Doug and Laycock, Douglas, *Brief of Reporter and Advisers to Restatement (Third) Restitution and Unjust Enrichment, as Amici Curiae in Support of Respondent* (November 17, 2011). Washington & Lee Legal Studies Paper No. 2011-20. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1961261> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1961261>.

“Claims for disgorgement or restitution of profits obtained by illegal or unethical acts are based on the legal and moral principle that no one should benefit from his or her wrong- doing or from illicit or unjust enrichment. Courts may order defendants to pay back illegal profits, even if the victim did not suffer loss or any other disadvantage”. BRUN Jean-Pierre et al. *Asset Recovery Handbook: a guide for practitioners*. Banco Mundial Y UNODC, 2011, p. 168.

³⁶³ Ibídem.

³⁶⁴ “But there is little agreement amongst the judiciary or academic writers as to when a constructive trust will be recognised and why it should be recognised. To make this area of the law even more complicated, there is no consistent use of terminology.”

³⁶⁵ “The Constructive Trust Doctrine is now a useful tool for those who seek to prevent the dispersal of corrupt funds and recover the proceeds of corrupt activities, such as bribery.” Puppet masters p. 177

³⁶⁶ <http://law.jrank.org/pages/5634/Constructive-Trust.html>. Para más información: Constructive Trust - Mistake, Undue Influence, Or Duress, Fraudulent Misrepresentation Or Concealment, Property Obtained By Homicide - Defendant, Plaintiff, Title, and Required - JRank Articles <http://law.jrank.org/pages/5634/Constructive-Trust.html#ixzz2R4qkx00>

para gestionar determinados recursos; 2) Fiduciario: el agente que recibe la confianza y actúa en el nombre del *Truster*; 3) Corruptor: “compra” al Fiduciario³⁶⁷. Bustos añade que el *Truster* puede ser un sujeto individual (designa a alguien para colaborar en la gestión de intereses generales) o colectivo (el pueblo en elecciones o los miembros de una cámara parlamentaria o un ente representativo o deliberativo), revelando, en verdad, una *cadena de confianzas*, de modo que, al final, todos los sujetos que ejercen cargos públicos son Fiduciarios directos o indirectos del pueblo. En razón de la confianza depositada, los titulares de cargos públicos deben permanentemente rendir cuentas, incluso con el traslado de la carga de la prueba sobre sus “buenas conductas” en la esfera de la responsabilidad política.³⁶⁸

En este orden de ideas, sostiene Bustos que la corrupción es la ruptura de la confianza conferida al Fiduciario, que contraría las reglas establecidas por el *Truster* debido a la ventaja recibida del Corruptor. En este esquema básico, hay tres variantes: 1) aquellas en las que el Fiduciario y Corruptor coinciden (nepotismo y otros casos); 2) aquellos en los que la presión no es del Corruptor al Fiduciario, sino al revés (corrupción extorsionadora); 3) y aquellos en los que el Corruptor no pide tanto una actuación en contra de las reglas establecidas sino “fuera de ellas”, buscando una especie de “mejor servicio”.

En un caso práctico de *constructive trust*, sucedido entre las décadas de 80 y 90, y visto como *leading case*, la Comisión Independiente contra la Corrupción de Hong Kong trató de recuperar las propiedades compradas en Nueva Zelanda por el entonces Fiscal Warwick Reid de Hong Kong. Las compras se hicieron con los sobornos recibidos a cambio para no procesar a ciertos delincuentes. Dos propiedades habían sido asignadas a Reid y su esposa, y una había sido asignada a su abogado. Al final, el Comité Judicial del Consejo Privado de Londres determinó la restitución de las propiedades, por representar sobornos aceptados por Reid, con la ruptura de la confianza conferida por el *Truster* (Gobierno de Hong Kong) al Fiduciario (Reid).³⁶⁹

En otro caso de *constructive trust*, ocurrido en Estados Unidos, Brasil contrató, en

³⁶⁷ GISBERT, Rafael Bustos. *Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional*. p. 80. In: Universidad Nacional de Educación a Distancia. *Teoría y Realidad Constitucional*. núm. 25, 2010, p. 69-109.

³⁶⁸ Ibidem.

³⁶⁹ BRUN Jean-Pierre *et al.* *Asset Recovery Handbook: a guide for practitioners*. Banco Mundial y UNODC, 2011, p. 161; WILLEBOIS, Emile van der Does *et al.* *The Puppet Masters: How the Corrupt Use Legal Structures to Hide Stolen Assets and What to Do About It*. Banco Mundial y UNODC, p. 177.

2000, un abogado privado en aquel país para recuperar el dinero robado del Gobierno brasileño en la construcción del edificio de la Justicia del Trabajo en São Paulo, en el valor original de US\$ 85 millones, sin actualización. Se comprobó que Nicolau dos Santos Neto, entonces juez Presidente del Tribunal Laboral en São Paulo, autorizaba los pagos sin la efectiva prestación de los servicios para la construcción del edificio. En los EE.UU., fueron repatriados rápidamente US\$ 835 mil, con la venta de un apartamento de Nicolau en Miami (producto del delito), por medio del remedio jurídico del *constructive trust*.³⁷⁰

En conclusión, aunque países del *civil law* no tengan expresamente el instituto del *constructive trust*, hay que hacer una relectura del instituto civil del enriquecimiento sin causa, con base en el derecho comparado y en las normas internacionales, para permitir la restitución del producto del delito, evitándose el enriquecimiento injusto a costa del Estado. Además, el principio de la confianza legítima de los ciudadanos en los actos de la Administración Pública, relacionado a los principios de seguridad jurídica y buena fe, es aplicado en los Tribunales del *civil law*, como en Brasil y España, e incluso por el TJUE, como un principio general del derecho comunitario.³⁷¹ La corrupción rompe con esta confianza y genera el deber de rendir cuentas, así como eventual acción civil por enriquecimiento sin causa. Estas acciones civiles, cuando basadas en hechos penalmente tipificados, deben posibilitar la cooperación internacional independientemente de una condena penal.

5.4 ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, DERIVADO DE LA CORRUPCIÓN, DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y PARTICULARES EN BRASIL Y ESPAÑA

Brasil y España no criminalizan el enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos, ni de particulares, por incrementos patrimoniales injustificables. Tampoco hay noticias de que

³⁷⁰ DAVIS, Kevin E., JORGE, Guillermo, y MACHADO, Maíra Rocha. *Transnational Anti-Corruption Law in Action: Case Studies from Argentina and Brazil*. Paper presented at the annual meeting of the The Law and Society Association, Westin St. Francis Hotel, San Francisco, CA, 14/05/2013. Disponible en http://citation.allacademic.com/meta/p496433_index.html. Consultado en 20/05/2013.

³⁷¹ Sobre el principio en Brasil, véase: SOUZA, Márcio Luís Dutra de. *O princípio da boa-fé na administração pública e sua repercussão na invalidação administrativa*. Disponible en http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11785, consultado en 22/04/2013. En España y en Europa, ver STS 7176/2012, Sala de lo Contencioso, Sección 6, nº de Recurso: 1657/2010.

estos países utilizan la acción de enriquecimiento sin causa del derecho civil para la restitución del producto de la corrupción, lo que es una construcción viable, sostenible en el actual ordenamiento jurídico de los dos países, con base en los argumentos de los dos últimos ítems.

Actualmente, en el ámbito civil, tales países utilizan la responsabilidad civil derivada del delito, con requisitos muy distintos del enriquecimiento sin causa (ver ítem 5.2), y Brasil también tiene a su disposición la acción civil de improbidad, que será vista en el próximo ítem. Luego, se observa que se debe explorar más el enriquecimiento sin causa del derecho civil para la restitución del producto de la corrupción, principalmente cuando el proceso penal no está disponible, como muerte o fuga del reo, prescripción, etc. ¿Qué hacer cuando el reo muere durante una acción penal por corrupción, con diversos bienes sin justificativas del origen lícito, pero sin pruebas de daños al Estado? Por la sistemática de la responsabilidad civil derivada del delito, utilizada por Brasil y España, cuando no hay prueba del daño, los bienes deberían ser devueltos a la familia del reo muerto, pero generaría un enriquecimiento sin causa de sus familiares, de ahí la importancia de este instituto civil, por no exigir el daño.

Como no se tolera el enriquecimiento sin causa en la esfera civil, con mucha más razón no se puede tolerarlo con relación a hechos corruptos. Más que eso: 48 países criminalizan el enriquecimiento ilícito, incluso con la flexibilización de la distribución de la carga de la prueba.³⁷² Luego, los países que no criminalizan el enriquecimiento ilícito deben enjuiciar una acción civil para decomisar el producto de la corrupción, independientemente de la prueba del daño, con fundamento en el enriquecimiento sin causa o injusto proveniente del derecho civil, con distribuciones de la carga de la prueba más flexibles que en la esfera penal, por no involucrar el derecho de libertad.

Interpretar de otra forma sería totalmente contradictorio al comparar los institutos penales y civiles del enriquecimiento sin causa, contrariando el interés público y la razonabilidad. Además, si un país criminaliza el enriquecimiento ilícito, entonces, por lo mínimo, este país ya debería usar acciones civiles para buscar la restitución del incremento

³⁷² Los 48 países que criminalizan el enriquecimiento ilícito son: Argelia, Angola, Antigua y Barbuda, Argentina, Bangladesh, Bután, Bolivia, Botswana, Brunei, Darussalam, China, Hong Kong, Macao, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Egipto, El Salvador, Etiopía, Gabón, Guyana, Honduras, La India, Jamaica, Líbano, Madagascar, Malasia, Nepal, Níger, Panamá, Perú, Ruanda, Sierra Leona, Venezuela, Lesoto, Malawi, México, Nicaragua, Pakistán, Paraguay, Filipinas, Senegal, Uganda, West Bank y Gaza (MUZILA, Lindy *et al.* *On the take: criminalizing illicit enrichment to fight corruption*. Banco Mundial y UNODC, 2012, p. 67-90)

patrimonial injustificado, puesto que, si no fuese así, sería todavía más contradictorio penalizar un hecho que no podría ser impugnado en el ámbito civil. Se resalta que Brasil y España tienen propuestas para criminalizar el enriquecimiento ilícito.³⁷³

En comparación, el delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos tiene por objetivo prevenir la impunidad de los delitos contra la Administración Pública, debido a la dificultad de probar específicos crímenes de corrupción, de modo que se presume que el incremento patrimonial injustificado del funcionario público es proveniente de la práctica de la corrupción³⁷⁴, salvo prueba en contrario. La criminalización del enriquecimiento ilícito, en la esfera internacional, está facultada por el art. 20 de la Convención de Mérida de 2003, art. IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 1996, y art. 8 de la Convención de la Unión Africana sobre la Prevención y la Lucha Contra la Corrupción, de 2003. Luego, si se admite la presunción para la condenación penal, también se debe admitir la presunción para decomisar los bienes como sanción civil.

Con relación al enriquecimiento sin causa de la corrupción de funcionarios públicos, bajo la óptica del derecho civil, la simple desproporción entre la renta y los bienes, adquiridos durante el ejercicio de la función pública, revelan indicios de la práctica de corrupción (presunción relativa), cuando no comprobado el origen lícito de los bienes, debido al deber legal de rendir cuentas y así demostrar la licitud de sus bienes, principalmente por recibir dinero público, gestionar bienes públicos y prestar servicios de interés general.

El deber de rendir cuentas, como pilar del Estado Democrático de Derecho, ya estaba previsto en el art. 15 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en el sentido de que “la sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su administración”. La Convención de Mérida de 2003 también dispone sobre el deber de rendir cuentas en diversos artículos, incluso como una de las finalidades de esta Convención (véanse arts. 1.c, 5.1 y 9.2 de la Convención). La Ley modelo sobre declaración de intereses, ingresos, activos y pasivos de quienes desempeñan funciones públicas, elaborada por la OEA, última

³⁷³ Brasil: art. 277 del Proyecto de Ley 236/2012. España: el partido político Unión, Progreso y Democracia (UPyD) ha propuesto la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito (disponible en www.upyd.es).

³⁷⁴ SERVIGÓN, César Augusto Nakazaki. *Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria, Ius et Praxis*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, n° 33, Enero-Diciembre, 2002, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, p. 191.

versión de 22/03/2013, es enfática al determinar la necesidad de la rendición de cuentas por parte de los funcionarios públicos y sus grupos familiares, para verificar eventual enriquecimiento ilícito, con previsión de sanciones penales y administrativas por no rendir cuentas (véanse arts. 14 a 19 y 29 a 36 de la Ley modelo).³⁷⁵

En ese tenor, actualmente es común en las jurisdicciones el deber de que los funcionarios públicos presenten periódicamente sus declaraciones de bienes a la Administración Pública, incluso de los familiares próximos (frecuentemente utilizados como testaferros), justamente para analizar eventual riqueza inexplicable. Además, es la sociedad quien, al final, paga a los funcionarios públicos, por medio de los impuestos, razón por la cual se refuerza el deber del funcionario público de rendir cuentas sobre la licitud del incremento patrimonial.

En Brasil, los salarios de los funcionarios son divulgados abiertamente todos los meses en el website del gobierno, y la búsqueda puede ser específica por el nombre del servidor, para que la sociedad pueda fiscalizar, a la luz de la necesaria transparencia en la Administración Pública.³⁷⁶ Con el mismo espíritu, todos los candidatos electorales brasileños deben presentar sus declaraciones de bienes como condición del registro de la candidatura,³⁷⁷ las cuales pueden ser consultadas por cualquier persona (no hay ningún secreto), en la página web del Tribunal Superior Eleitoral.³⁷⁸

Todo eso para aclarar que, si el funcionario público no justifica el origen lícito de los bienes desproporcionales con su renta, es posible el decomiso sin condenación penal, con base

³⁷⁵ “La presente Ley Modelo es el resultado de un amplio proceso de consultas realizado en el marco de un programa de cooperación desarrollado por la Secretaría General de la OEA, a través del Departamento de Cooperación Jurídica de la Secretaría de Asuntos Jurídicos en su condición de Secretaría Técnica del MESICIC, que, con el apoyo de un consultor internacional para la redacción de su primera versión, fue debatida en un taller de trabajo realizado en Buenos Aires, en mayo de 2011, con la participación de funcionarios de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, España, Estados Unidos y México, así como del Banco Mundial, cuyos resultados fueron expuestos en la Segunda Conferencia sobre Avances y Desafíos en la Cooperación Hemisférica contra la Corrupción, celebrada en Cali, Colombia, en junio del mismo año. Posteriormente, fue puesta a consideración de los miembros del Comité de Expertos del MESICIC y de organizaciones de la sociedad civil para sus comentarios y observaciones, los cuales se encuentran incorporados en esta última versión, la cual fue avalada por el Comité de Expertos del MESICIC en la sesión plenaria celebrada el día 22 de marzo de 2013, en el marco de su Vigésima Primera Reunión, la cual tuvo lugar en la sede de la OEA, del 18 al 22 de marzo de 2013.” Disponible en http://www.oas.org/juridico/PDFs/ley_modelo_declaracion.pdf. Consultado en 28/04/2013.

³⁷⁶ Ley n° 12.527/2011, reglamentada por el Decreto n° 7.724, de 16/05/2012. Disponible en la página web: www.portaltransparencia.gov.br/

³⁷⁷ Art. 11, § 1°, IV, de la Ley n° 9.504/97.

³⁷⁸ Acceder a: www.tse.jus.br>“eleições”>“eleições 2012” o “eleições anteriores”> “divulgarand”.

en el enriquecimiento sin causa del derecho civil, independientemente de pruebas concretas sobre un delito de corrupción (distinto del delito de enriquecimiento ilícito), flexibilizándose las distribuciones de la carga de la prueba (ver ítem 5.4).

La situación es otra con respecto al particular, pues no existe el mismo deber de rendir cuentas relacionado a los funcionarios públicos. Si hay un particular con un considerable patrimonio, pero con un simple empleo, sin rentas aparentes y lícitas que justifiquen su patrimonio, no se puede concluir que estos bienes son ilícitos. Si fuese así, habría innumerables acciones contra particulares ricos sin una renta proporcional, lo que sería irrazonable, motivo por lo cual se debe apuntar la relación entre la riqueza y algún delito de corrupción.

Por otra parte, un particular que responde o haya respondido a algún proceso penal por corrupción (es decir, hay o había indicios de autoría y materialidad), caso no sea absuelto por la inexistencia del hecho, debe demostrar el origen lícito de sus bienes, para que no haya enriquecimiento sin causa.³⁷⁹ Nunca es demasiado repetir: no se aplican los principios de la presunción de inocencia o de la no autoincriminación en acciones civiles destinadas a la recuperación de activos, por la falta de sanción penal.

Además, hoy en día es relativamente fácil probar vínculos entre particulares y hechos corruptos, en razón de los innumerables programas de computador de análisis de vínculos, como relaciones del sospechoso con personas pertenecientes a una organización criminal (viajes juntos, contactos frecuentes, sociedades empresariales conectadas de algún modo, etc.). A veces, estas pruebas no son suficientes para una condena penal, pero lo son para el decomiso sin condena, basado en el enriquecimiento sin causa del derecho civil, conforme el estándar de pruebas del proceso civil.

En conclusión, para entablar una acción civil por enriquecimiento sin causa derivado de la corrupción, hay dos situaciones: 1) contra los particulares, hay que probar, además del

³⁷⁹ La Comisión de la UE, al tratar del decomiso sin condena, sugiere que “cuando exista la sospecha de que los bienes en cuestión son producto de delitos graves, dado que su valor resulta desproporcionado en relación con los ingresos declarados de su propietario y que este mantiene contactos habituales con personas conocidas por sus actividades delictivas. En este caso se podría abrir una causa ante un tribunal civil (que podría ordenar el decomiso de los bienes), basándose en la presunción, habida cuenta de las distintas probabilidades, de que los bienes provienen de actividades delictivas. En estos casos se invierte la carga de la prueba, incumbiendo al presunto delincuente acreditar el origen lícito de sus bienes.” (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Productos de la delincuencia organizada. Garantizar que el delito no resulte provechoso. Bruselas, 20/11/2008 COM(2008) 766 final).

incremento patrimonial injustificado, los indicios de la práctica de algún delito de corrupción, aunque estos indicios no sean tan contundentes para una condenación penal; 2) contra los funcionarios públicos, el simple incremento patrimonial injustificado, durante el ejercicio de funciones públicas, genera la presunción relativa de la práctica de la corrupción, en razón del deber de rendir cuentas y así probar la licitud de sus bienes, basándose, aún, en el principio de la confianza (la corrupción rompe la confianza), conforme mencionado en el ítem anterior.

5.5 ACCIÓN BRASILEÑA DE IMPROBIDAD POR INCREMENTO PATRIMONIAL INJUSTIFICADO

No se puede dejar de mencionar que, en Brasil, aunque no se explore el enriquecimiento sin causa del derecho civil para la restitución del producto de la corrupción, la Ley 8.429/1992 (llamada Ley de Improbidad Administrativa), basada en el art. 37, § 4º, de la Constitución, dispone sobre una acción judicial de naturaleza civil³⁸⁰ contra agentes públicos y partícipes (particulares o personas jurídicas)³⁸¹ por la práctica de actos de improbidad (deshonestos) en disfavor de entidades públicas o privadas con participación de dinero público.³⁸²

Los actos de improbidad administrativa están relacionados con la deshonestidad del agente público. Por eso, muchos actos también pueden configurar un delito de corrupción,³⁸³ independientemente de la concomitante acción penal por los mismos hechos (art. 12, *caput*, de la mencionada Ley).

La Ley de Improbidad divide los actos de improbidad en 3 categorías diferentes: 1) enriquecimiento ilícito, en razón del ejercicio de la función pública, en la forma dolosa (art. 9º de la Ley); 2) daño al erario, en la forma culposa o dolosa (art. 10 de la Ley); y 3) violación a

³⁸⁰ STJ – HC 50.545/AL, juzgado del 15/08/2006. A pesar del nombre, no es una acción administrativa, sino judicial y civil.

³⁸¹ El sentido de agente público es muy amplio (véase art. 2º de la Ley 8.429/92). En todas las acciones de improbidad debe figurar, como reo, por lo menos un agente público para incluir, también como reos, particulares o personas jurídicas (aunque estén sin sus socios) (STJ – REsp 1.122.177-MT – 27/04/2011).

³⁸² Las entidades perjudicadas por los actos de improbidad también tienen un sentido muy amplio, incluyendo empresas privadas con participación de dinero público (véase art. 1º de la Ley 8.429/1992).

³⁸³ Los delitos de corrupción previstos en la Convención de Mérida de 2003 también se encuadran en la Ley de Improbidad Administrativa (sobornos, peculado, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, abuso de funciones, etc. – véanse arts. 9º a 11), excepto los relacionados al sector privado.

los principios de la Administración Pública, en la forma dolosa (art. 11 de la Ley). En cada una de estas categorías, la Ley cataloga algunas conductas de forma ejemplificativa, con destaque para la desproporcional evolución patrimonial (art. 9º, VII, de la Ley):

(...) adquirir para sí o para otros, en el ejercicio de la función, cargo, empleo o cargos públicos, bienes de cualquier tipo cuyo valor es desproporcional en relación con la evolución del patrimonio o los ingresos del agente público.

La acción de improbidad es una poderosa arma en la lucha contra la corrupción, puesto que prevé sanciones civiles y políticas severas, sin privaciones de libertad. En cada una de las mencionadas categorías, hay sanciones con grados diferentes, previstas en el art. 12 de la Ley 8.429/92, aplicadas aisladas o acumulativamente, de acuerdo con la gravedad del hecho, resumidas, en general, en las siguientes sanciones: 1) pérdida de bienes o valores incrementados ilícitamente al patrimonio (cuando haya); 2) resarcimiento integral de los daños (cuando haya); 3) pérdida de la función pública; 4) suspensión de los derechos políticos por hasta 10 años; 5) pago de multa civil de hasta tres veces el valor del incremento patrimonial, de hasta dos veces el valor del daño, o de hasta cien veces el valor de la remuneración del agente público; 6) prohibición de contratar con el Poder Público o recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios, directa o indirectamente, a través de la entidad de la que es accionista mayoritario, por hasta diez años.

Analizada muy resumidamente la acción de improbidad, la doctrina y la jurisprudencia brasileña se dividen respecto a la interpretación del dispositivo referente al incremento patrimonial injustificado del agente público, de modo que aún no hay una definición jurisprudencial sobre el tema.

Una parte doctrinaria y jurisprudencial sostiene que no basta al autor probar la desproporcional evolución patrimonial, sino que también debe probar el nexo causal entre la conducta ilícita practicada en el ejercicio de la función pública y el incremento patrimonial injustificado (es decir, los indicios del acto de improbidad que generaron el enriquecimiento), para que no haya inversión de la carga de la prueba, con ofensa, por consiguiente, al principio de la presunción de inocencia. Se argumenta, aún, que la inversión de la carga probatoria exige previsión legal expresa, de modo que el proyecto original de la Ley de Improbidad preveía expresamente tal inversión, que fue excluida por el Congreso Nacional antes de su

aprovação.³⁸⁴

Otra parte de la doctrina y de la jurisprudencia entiende que basta al autor de la acción de improbidad probar la desproporcional evolución patrimonial en el ejercicio de la función pública (presunción relativa de la práctica de improbidad), y al reo cabe probar el origen lícito de los bienes indicados, independientemente de la prueba sobre cualquier otro acto de improbidad que generó el incremento patrimonial injustificado.³⁸⁵ Los fundamentos para esta conclusión son diversos: algunos justifican con base en la inversión de la carga de la prueba, otros con base en la teoría dinámica de distribución de la carga de la prueba (dificultad o imposibilidad probatoria) y la mayoría con base en la teoría estática de distribución de la carga de la prueba (los hechos constitutivos son probados por el autor y los hechos extintivos, modificativos o impeditivos son probados por el reo), incluso a la luz de la normativa internacional sobre el enriquecimiento ilícito. Se utiliza como fundamento último el deber de rendir cuentas del funcionario público, incluso sobre el origen del incremento patrimonial, conforme art. 2º, § 5º, de la Ley 8.730/1993³⁸⁶, y art. 13 de la Ley 8.429/1992³⁸⁷.

³⁸⁴ NEIVA, José Antonio Lisbôa. *Improbidade Administrativa: legislação comentada artigo por artigo: doutrina, legislação e jurisprudência*. 3.ed., Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2012, p. 86-88; FILHO, Marino Pazzagliani et al. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 69-72; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeito, comentários, artigo por artigo, da Lei nº 8.429/92 e do DL 201/67*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 78-82; MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da Improbidade Administrativa*, 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 214-221; COPOLA, Gina, *A improbidade administrativa no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 87-89. // “Tribunal Regional Federal da 1ª Região”, Apelação nº 199938000355926, juzgado de 16/03/2012; Tribunal de Justiça de São Paulo, Rescisória nº 0188238-86.2012.8.26.0000, juzgado de 03/12/2012, Apelação nº 0315995-68.2009.8.26.0000, juzgado de 03/05/2010, y Apelação nº 0159970-32.2006.8.26.0000, juzgado de 23/04/2008.

³⁸⁵ JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. *Probidade Administrativa*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 194-199; GARCIA, Emerson, y ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 325-329; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: From, 2009, p. 223-224. OSORIO, Fabio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 2007, p. 455-461; SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa, e coisa julgada*. São Paulo: Ed. Atlas, 2010, p. 46-48; MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade Adminisrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 79-81; STJ, AgRg no AREsp nº 187235, juzgado de 09/10/2012; Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0278658-11.2010.8.26.0000, juzgado de 15/05/2012; “Tribunal Regional Federal da 4ª Região”, Apelação nº 2002.72.08.005596-8/SC, juzgado de 29/07/2009; “Tribunal de Justiça do Paraná”, Apelação nº 116.521-3, juzgado de 02/10/2002; Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Apelação nº 537339/PE (2009.83.00.015614-3), juzgado de 28/06/2012

³⁸⁶ Art. 2º, § 5º, de la Ley 8.730/1993: “relacionados os bens, direitos e obrigações, o declarante apurará a variação patrimonial ocorrida no período, indicando a origem dos recursos que hajam propiciado o eventual acréscimo”.

³⁸⁷ Art. 13 de la Ley 8.429/1992: “A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente”.

De todos modos, caso no esté disponible la acción de improbidad, basada en el incremento patrimonial injustificado, como muerte del reo, prescripción, o exigencia de pruebas sobre el acto de improbidad que generó el enriquecimiento (primera corriente), la acción de improbidad puede proseguir con fundamento en la responsabilidad civil cuando hay daños, como ya decidió el Tribunal de Justiça de São Paulo³⁸⁸ y el STJ³⁸⁹, o incluso con fundamento en el enriquecimiento sin causa del derecho civil, solamente para recuperar el producto de la corrupción, en homenaje a la economía procesal. A propósito, el Ministerio Público de São Paulo sostiene que la ley de improbidad también es basada en el enriquecimiento sin causa:

La Ley de Improbidad Administrativa veda el enriquecimiento sin causa del agente público, en él incluido tanto aquel enriquecimiento propiamente *ilícito*, derivado de la conducta analizada, como aquel simplemente *injustificado*, así considerado aquel desproporcional a los sueldos del agente.³⁹⁰

Con relación a la cooperación internacional en acciones de improbidad, hay que verificar si los hechos ímprobos también configuran delitos de corrupción. Como antes mencionado, la acción de improbidad tiene naturaleza civil, pero muchos actos de improbidad también pueden configurar hechos corruptos, previstos en la Convención de Mérida de 2003, encuadrándose en el decomiso sin condena previsto en el art. 54.1.c de la referida Convención. Se destaca que, en la acción de improbidad, hay más garantías procesales que otros procesos civiles, como la oportunidad de que el reo se defienda previamente para que el juez analice si recibe o no la acción, sin apartar posterior contestación del reo a la acción.³⁹¹ Así, caso se demuestre que la acción de improbidad está basada en hechos penales corruptos,

³⁸⁸ Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0132274-84.2007.8.26.0000, juzgado de 07/12/2010. Vale transcribir la ementa de este juzgado, por lo cual, no obstante la prescripción del acto de improbidad por incremento patrimonial injustificado, se condenó al resarcimiento al erario por daños: “Civil Pública - Improbidade Administrativa - Evolução patrimonial incompatível com os vencimentos de servidora pública no período em que foi nomeada Chefe de Tesouraria da Prefeitura Municipal de Cardoso - Operações financeiras não justificadas pela ex-servidora - Afastadas as sanções administrativas em razão da prescrição prevista no artigo 23 da Lei de Improbidade - Sentença reformada nessa parte - Ressarcimento ao erário devido - Recurso parcialmente provido.”

³⁸⁹ STJ - EREsp 1218202/MG, juzgado de 22/08/2012; STJ - REsp 928.725/DF, juzgado de 16/06/2009.

³⁹⁰ SALLES, Carlos Alberto de. *Alguns aspectos polêmicos das sanções de improbidade administrativa*. Tesis nº 4 aprobada en Plenario del 1º Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo, 2010.

³⁹¹ Art. 17, §§ 7º y 8º, de la Ley 8.429/92.

con fundamento, por ejemplo, en una investigación o un proceso penal, debe ser viable la cooperación civil internacional para reconocer tales decisiones, igual que los decomisos sin condena *in rem*.³⁹²

Según el Ministerio Público Federal de Brasil, la Convención de Mérida, con relación a la cooperación civil internacional, tiene aplicación directa y no depende de otro acuerdo o reglamentación para su implementación, valiendo como base legal para proporcionar la asistencia jurídica con relación a las acciones de improbidad. Afirma que las Convenciones, como la de Mérida, tienen status de Ley ordinaria, y por eso “pueden y deben ser invocadas como fundamento para las acciones de improbidad”.³⁹³

Teniendo en cuenta que los mismos hechos pueden configurar un acto de improbidad y un delito de corrupción, es posible, en Brasil, acciones penales y por improbidad simultáneas, sin violación al principio del *non bis in idem*, debido a la independencia de las instancias penal y civil, a la luz de las diferencias de la mayoría de las sanciones y de los requisitos para una condenación. Sin embargo, no es posible la doble ejecución por eventuales mismas sanciones, como el mismo decomiso del producto de la corrupción, lo que será comentado con más detalles en el próximo ítem.

5.6 ACCIÓN CIVIL *EX DELICTO* EN BRASIL Y ESPAÑA

5.6.1 ESPAÑA

De todo delito o falta puede nacer la acción civil reparatoria **cuando hay daño**³⁹⁴, la cual puede ser ejercitada junta o separadamente a la acción penal. Sin embargo, mientras esté pendiente la acción penal, la acción civil separada debe ser suspendida hasta la sentencia firme en la causa criminal, desde que los hechos penales tengan influencia notoria en el

³⁹² En este sentido, como alega notable Fiscal brasileño en el tema de cooperación internacional relacionada a los actos de improbidade administrativa, “a Convenção de Mérida certamente pode ser usada nos casos relacionados aos atos de improbidade do art. 9º da Lei nº 8.429/92, desde que também representem crime de corrupção (em sentido amplo)”. MARQUES, Silvio Antonio. Op. cit., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 79-81.

³⁹³ BRASIL. Ministério Público Federal. *Breves comentários sobre a convenção das Nações Unidas contra a corrupção*. Grupo de Trabajo – “5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF”, abril de 2006.

³⁹⁴ Véase art. 100 de la LECRim, 109 del Código Penal.

proceso civil, para evitar decisiones contradictorias.³⁹⁵

Caso la parte acumule la acción civil reparatoria en la acción penal, las dos acciones serán resueltas en la misma sentencia por la jurisdicción penal, con fundamento en la economía procesal (aprovecha la presencia de los acusados y las pruebas producidas³⁹⁶), y será ejecutada por el mismo órgano jurisdiccional que haya dictado la sentencia penal firme (arts. 794 y 985 de la LECRim).

Como se nota, el perjudicado por el delito puede optar entre acumular las acciones penales y civiles o –si se suspende el proceso civil– aguardar resolución firme en la jurisdicción penal para exigir, posteriormente, la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil.³⁹⁷

De cualquier forma, si la jurisdicción penal reconoce la inexistencia del hecho o de la autoría, no es viable posterior acción civil en la jurisdicción civil sobre el mismo hecho³⁹⁸ o el mismo autor³⁹⁹. Igualmente, si la parte opta por posterior proceso civil (reserva de la acción), la sentencia penal condenatoria vincula al juez civil en cuanto a la existencia del delito (hecho típico, antijurídico, y culpable) y de la autoría.⁴⁰⁰ El Tribunal Constitucional reconoce que “unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”.⁴⁰¹ Éstas son las únicas decisiones penales que vinculan al juez civil. De aquí se extrae la preferencia de la jurisdicción penal sobre la civil, justificando la suspensión del respectivo proceso civil cuando hay discusión sobre la existencia del hecho penal o de la autoría, para evitar decisiones contradictorias.

³⁹⁵ Véanse art. 40.2.2ª, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, art. 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y arts. 111 y 114 de la LECRim. Cfr. FUENTES, Fernando Toribio *et al.* *Comentarios a la Ley de enjuiciamiento civil*. Valladolid: Lex Nova, 2012, p. 144; MORENO, Juana Morcillo. *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del derecho administrativo: las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales*. Las Rozas: La Ley, 2007, p. 230.

³⁹⁶ SÁNCHEZ, Ricardo Juan. *La responsabilidad civil en el proceso penal: actualizado a la ley de juicios rápidos*. Madrid: La Ley, 2009, p. 77.

³⁹⁷ Véase art. 109. 2 del Código Penal.

³⁹⁸ Véase art. 116 LECRim.

³⁹⁹ SÁNCHEZ, Ricardo Juan. *La responsabilidad civil en el proceso penal: actualizado a la ley de juicios rápidos*. Madrid: La Ley, 2009, p. 448, *apud* SSTs 12 abril 2000, Civil, LA LEY, 2000, 8225; 28 noviembre 1992, Civil, LA LEY, 1992, 19158-R.

⁴⁰⁰ Sentencia A.P. Zaragoza 206/2012 de 26 de marzo.

⁴⁰¹ STC 77/1983, de 3 de octubre; STC 16/2008, de 31 de enero.

Es importante resaltar que, en el proceso civil acumulado con el penal, si hay una sentencia absolutoria por supuestos de inimputabilidad, embriaguez o intoxicación, estado de necesidad, miedo insuperable, error invencible o excusas absolutorias,⁴⁰² la propia jurisdicción penal, por economía procesal, procederá a fijar las responsabilidades civiles, salvo que se haya hecho expresa reserva de exigir la responsabilidad civil en la jurisdicción civil, o haya renunciado a la pretensión civil. En otros casos, como muerte del acusado, prescripción, legítima defensa o absolución por falta de pruebas, el perjudicado debe entablar la acción civil ante la jurisdicción civil. De la misma forma, en el caso de suspensión del proceso penal, como en las hipótesis de rebeldía, demencia sobrevenida y sobreseimiento del proceso, la parte puede ejercitar la pretensión civil ante los tribunales civiles, sin aguardar el término de la suspensión del proceso penal.⁴⁰³

La legitimación activa ordinaria para la pretensión civil acumulada en la acción penal corresponde al perjudicado (actor civil), que puede ser el ofendido por el delito, los familiares del ofendido y el tercer perjudicado (art. 113 del Código Penal). El Ministerio Fiscal, como legitimado activo extraordinario, tiene el deber de acumular las acciones civiles y penales, independientemente de pedido del perjudicado (arts. 108 y 112 de la LECRim), salvo si el perjudicado renuncie a la pretensión civil o la reserve para un proceso civil posterior. También se admite, como legitimados activos extraordinarios, las entidades gestoras de la seguridad social y mutualidades de asistencia sanitaria, si prestan asistencia sanitaria al perjudicado, así como las corporaciones, asociaciones y grupos, cuando involucran la tutela de intereses colectivos o difusos.⁴⁰⁴

La legitimación pasiva de la pretensión civil puede coincidir con los reos de la acción penal (autores y cómplices - art. 116 del CP) o corresponder a los terceros responsables exclusivamente de los efectos civiles, como las compañías de seguros, terceros adquirentes y responsables civiles subsidiarios por hechos ajenos (padres por actos de los hijos; personas jurídicas, de derecho privado o público, por actos de sus funcionarios, etc.), de acuerdo con

⁴⁰² SÁNCHEZ, Ricardo Juan. *La responsabilidad civil en el proceso penal: actualizado a la ley de juicios rápidos*. Madrid: La Ley, 2009, p. 65.

⁴⁰³ *Ibídem*, p. 398-400, *apud* art. 843 de la LECRim, la circular 1/1989, de 21 de abril de la Fiscalía General del Estado, STS 2 mayo 1997, Penal, LA LEY, 1997, 7996, SSTS 31 marzo 1995, Civil LA LEY, 1995 14407, SSTS 20 octubre 1993, Civil LA LEY, 1993, 15871-R.

⁴⁰⁴ *Ibídem*, p. 277-285, *apud* STS 19 octubre 1990, Penal, RA 8182, y STS 26 septiembre 1997, Penal, LA LEY, 1997, 9933.

los arts. 615 a 621 LECRim y arts. 117 y ss. CP. Todos ellos pueden ser partes pasivas en el proceso civil acumulado.⁴⁰⁵

Vale comentar que los ciudadanos españoles o las personas jurídicas, de derecho público o privado, ofendidos o no por el delito, pueden entablar una acción penal en los delitos perseguibles de oficio, por medio de abogados (art. 125 de la Constitución, arts. 101 y 270 LECRim, STC 311/2006, de 23 de octubre, y 8/2008, de 21 de enero). En este sentido, el perjudicado puede ejercitar la acción penal y al mismo tiempo el proceso civil acumulado. Por ejemplo, el Reino de España, cuando víctima de la corrupción, puede iniciar la acción penal y también proceder como actor civil, representado por la Abogacía del Estado.

5.6.2 BRASIL

En el derecho brasileño, la sentencia penal condenatoria transitada en juzgado vuelve cierta la obligación de reparar el daño (art. 91, I, del CP), independientemente de pedido o de mención expresa en la sentencia, formando un título ejecutivo judicial (art. 475, letra N, II, CPC), pero carece de liquidación previa de los daños en la jurisdicción civil, para discutir el *quantum debeatur* (cuanto es debido), no más el *an debeatur* (si debe).⁴⁰⁶ O sea, la decisión penal vincula al juez civil sobre la existencia del hecho penal y la autoría,⁴⁰⁷ restando solamente cuantificar los daños para la ejecución de la sentencia penal transitada en juzgado, todo eso en la jurisdicción civil.

En la reforma del CPP de 2008, se introdujo el art. 387, IV, por lo cual el juez, al dictar la sentencia condenatoria penal, fijará un valor mínimo para la reparación de los daños causados por la infracción penal, considerando los perjuicios sufridos por el ofendido. La actual jurisprudencia y doctrina divergen si el juez puede condenar de oficio, además de se criticar la morosidad procesal causada con la discusión de los daños en el proceso penal (ya tan moroso en Brasil), en respeto al principio del contradictorio⁴⁰⁸. Entiende Vicente Grecco

⁴⁰⁵ Ibidem, p. 285-304.

⁴⁰⁶ Ver JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal Anotado*. 19ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002, p. 83; MUCCIO, Hidejalma. *Curso de Processo Penal*. v. 2. São Paulo: EDIPRO, 2001, p. 503.

⁴⁰⁷ Art. 935 del CC.

⁴⁰⁸ A proposito, se rechazó la propuesta del Senado Federal para que “la apuración y reparación del daño

que la discusión de los daños “será terriblemente dañosa y perturbadora para el proceso penal, (...) desviando el curso y objeto del proceso”.⁴⁰⁹

En el famoso caso de corrupción brasileño, llamado “mensalão” (compra de votos de parlamentarios), el STF condenó a diversas personas, pero no fijó el valor mínimo de los daños por falta de discusión en el proceso sobre el tema, dejando para la fase de liquidación la cuantificación de los enormes daños.⁴¹⁰ Seguramente, si, en este proceso, se discutieran previamente los daños y perjuicios, hasta hoy no habría sido juzgado, sin previsión de término, debido a la complejidad del asunto, dando la oportunidad a que la defensa aprovechara la discusión de los daños y valores para prorrogar al máximo el juzgamiento del proceso.

Parte de la actual jurisprudencia entiende que el juez puede fijar de oficio el valor mínimo para la reparación de los daños, porque sería una imposición de la ley.⁴¹¹ Otra parte sostiene que debe haber pedido formal del ofendido y darse oportunidad de defensa al reo, para que no haya violación al principio del contradictorio.⁴¹² De cualquier forma, hay consenso doctrinario y jurisprudencial de que los daños causados deben ser debatidos en el proceso penal para la fijación del valor mínimo.

Es oportuno mencionar que el ofendido, representado por abogado, puede pedir su habilitación en el proceso penal para actuar como “asistente de acusación”, para buscar la condenación penal y la reparación del daño.⁴¹³ El ofendido como asistente de acusación se

derivada de la infracción penal deberán ser promovidos en el propio juicio penal”, bajo el argumento de que “la modificación pretendida, en que pese la buena intención, acabaría por favorecer a los que buscan prorrogar indefinidamente el proceso, llevando a muchas extinciones de la punibilidad por el advenimiento del plazo prescricional”, conforme consta en el Informe de la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de Diputados. Disponible en <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/566075.pdf>. Consultado en 18/05/2013. Entiende Vicente Grecco que la discusión de los daños en el proceso penal “será terriblemente dañosa y perturbadora para el proceso penal, (...) desviando el curso y objeto del proceso penal”. GRECCO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 150.

⁴⁰⁹ GRECCO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 364 (traducción del autor).

⁴¹⁰ STF- AP 470, de 19/04/2013.

⁴¹¹ TRF, 3ª Reg., ACR 200161810035527, j. 15/09/2011; TRF, 2ª Reg., 2ª T., ACR – 9338, j. 21/05/2012; TRF 2ª Região, ACR 200751018119297, j. 15.03.2013. STF – voto del Ministro Joaquim Barbosa, AP 470, j. 19/04/2013.

⁴¹² STJ - REsp 1248490/RS, j. 08/05/2012; STJ - Resp 1.185.542/RS, j. 16/05/2011; STJ – Recurso nº 1286810/RS, j. em 23/04/2013”

⁴¹³ Véanse arts. 268 a 273 del CPP. También: OLIVEIRA, Eugenio Pacceli de. *Curso de Processo Penal*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011, p. 482-489.

refiere al titular del derecho violado, es la víctima, que puede ser persona natural o jurídica, de derecho privado o público, pero no se admiten terceros perjudicados económicamente,⁴¹⁴ como ocurre en España.

En cuanto a la legitimación pasiva en el proceso penal, solamente el acusado puede ser condenado para la reparación de los daños, de modo que no se pueden incluir, como reo, a los responsables civiles o aseguradoras, los cuales pueden ser procesados en la jurisdicción civil, en una acción de conocimiento, al contrario del sistema jurídico español.

Aparte de la liquidación y ejecución de la sentencia penal condenatoria, son posibles acciones civiles para la reparación del daño, en la jurisdicción civil, simultáneas a las acciones penales, pero el juez de la acción civil puede suspenderla hasta el juzgado penal definitivo y desde que la suspensión no sobrepase un año.⁴¹⁵ Es decir, la suspensión del proceso civil no es obligatoria, razón por la cual el juez civil, antes de suspender el proceso, debe sopesar la posibilidad de decisiones contradictorias, la economía procesal y la celeridad, de acuerdo con el caso concreto (fase del proceso, número de autores y reos, complejidad del hecho, etc.).

Los supuestos de vinculación de la decisión penal brasileña en la esfera civil son: 1) existencia o inexistencia del hecho; 2) ser o no ser el autor del hecho; 3) legítima defensa real con relación al agresor; 4) estado de necesidad real y agresivo; 5) cumplimiento del deber legal; y 6) ejercicio regular del derecho.⁴¹⁶ Si el proceso penal es extinto por otros motivos, como insuficiencia de pruebas, exención de culpabilidad, prescripción, muerte, etc., es posible la acción civil en la jurisdicción civil, nunca en la penal, al contrario del ordenamiento español en algunos casos.

El riesgo de conflicto entre las decisiones penales y civiles, cuando hay acciones simultáneas, es pequeño porque la gran mayoría de las sentencias penales de absolución son por motivos distintos de los supuestos de vinculación, como la falta de pruebas, hipótesis en que es posible el ejercicio de la acción civil *ex delicto*, justamente porque el estándar de

⁴¹⁴ Hay algunas particularidades, pues la ley admite como asistente de acusación: 1) la Administración en los crímenes de responsabilidad contra los alcaldes (art. 2º, § 1º, del “Decreto-Lei” n.º 201/67); 2) la Comisión de Valores Mobiliarios y el Banco Central en los crímenes contra el Sistema Financiero (art. 26, párrafo único, de la Ley n.º 7.492/86); 3) la Administración Pública y las asociaciones en los crímenes contra el consumidor (art. 80 de la Ley 8.078/90); 4) Orden de Abogados de Brasil, en proceso penal contra abogados (art. 49 de la Ley 8.906/94).

⁴¹⁵ Art. 64 del CPP y 265, § 5º, del CPC.

⁴¹⁶ Cfr. arts. 188, I y II, y 935 del CC; art. 65 del CPP. Véase NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal*. São Paulo: Edipro, 2002, p. 795-803.

pruebas en las acciones penales y civiles, como demostrado arriba, es diferente.

Se explica porque son la gran mayoría las sentencias penales por falta de pruebas: es que la duda en la acción criminal sobre la existencia del hecho penal o de la autoría debe resultar en la absolución por falta de pruebas, de la misma forma que la duda sobre la condenación (*in dubio pro reo*). En otras palabras, para que sea reconocida la inexistencia del hecho penal o de la autoría, y por consecuencia se impida la discusión del hecho en la esfera civil, la absolución debe ser asentada en un juicio de certeza.⁴¹⁷ Además, no se olvida que hay una comunicación, aunque limitada, entre las esferas penales y civiles, por medio de las pruebas prestadas o trasladadas (ver ítem 4.7.3). Por tanto, se puede concluir que la regla es la absolución por falta de pruebas, dificultando decisiones discordantes (incompatibles).

De todo modo, si, al final, hay una decisión penal que reconoce la inexistencia del hecho o de la autoría apuntada, habrá la posibilidad de la acción de repetición del pago de lo indebido⁴¹⁸ contra el Estado que requirió el decomiso sin condena,⁴¹⁹ que en regla es solvente, y sin dudas deberá pagar por los daños materiales, lucros cesantes e incluso eventuales daños morales.

⁴¹⁷ Ibídem, p. 804.

⁴¹⁸ En este sentido, “se já houve pagamento, poderá haver repetição do indébito se o fundamento da absolvição foi um daqueles em que a coisa julgada penal torna a situação não indenizável no cível”. GRECCO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 150.

⁴¹⁹ Según el artículo 18 de la DM 2006/783/JAI DEL CONSEJO, “el Estado de emisión reembolsará al Estado de ejecución cualquier cantidad que este haya abonado a dicha parte en concepto de daños en virtud de dicha responsabilidad, salvo si el daño o parte del mismo se debe exclusivamente a la conducta del Estado de ejecución”.

6 COOPERACIÓN INTERNACIONAL ENTRE LAS ABOGACÍAS DEL ESTADO DE BRASIL Y ESPAÑA

Analizados los aspectos generales sobre la cooperación internacional y la recuperación de activos, serán examinados adelante los procedimientos de cooperación entre Brasil y España, para sugerir un Memorando de Entendimiento entre sus Abogacías del Estado para el intercambio informal y directo de informaciones, capacitación del personal, auxilio directo mediante acciones civiles para la recuperación de activos, así como para afirmar competencias y atribuciones previstas en tratados multilaterales y bilaterales.

6.1 PROCEDIMIENTOS ENTRE BRASIL Y ESPAÑA

A título de introducción general, todos los Estados deben tener órganos encargados de recibir y transmitir pedidos de cooperación internacional, frecuentemente llamados de autoridades centrales, que suelen ser el Ministerio de Justicia, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio Público, y hasta la Suprema Corte, dependiendo de los tratados específicos.⁴²⁰

Las funciones de la Autoridad Central son muy bien definidas por el *prontuario de auxilio judicial internacional* español, elaborado por diversos órganos estatales, lo que puede ser aplicado para la Autoridad Central brasileña, en los siguientes términos:

En la práctica, la Autoridad Central es competente para recibir las solicitudes de cooperación jurisdiccional, tanto activas como pasivas, y remitirlas al órgano encargado de su ejecución. Al mismo tiempo, lleva a cabo un control formal de la solicitud, a fin de comprobar que reúne los requisitos exigidos por el convenio aplicable. Sirve asimismo de intermediario entre los órganos judiciales y las Autoridades extranjeras en el posterior seguimiento de su ejecución, solucionando los problemas interpretativos que se planteen en la aplicación de los convenios e interviniendo en la resolución de cuestiones surgidas en expedientes concretos.⁴²¹

⁴²⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal*. 3a ed. Brasília, 2012, p. 26.

⁴²¹ El prontuario es fruto de esfuerzo conjunto del Ministerio de Justicia, Fiscalía General del Estado y Consejo General del Poder Judicial de España, y está disponible en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/Templates/comunidadesREJUE/prontuarioCivil.pdf>. Consultado en

Con relación a la cooperación para el decomiso sin condena penal entre Brasil y España, sus autoridades centrales designadas son homólogas: el Ministerio de Justicia.⁴²² Específicamente en España, es la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia⁴²³, y en Brasil, la Autoridad Central es el “Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional”, que también pertenece al Ministerio de Justicia.⁴²⁴

A pesar de la similitud de las autoridades centrales brasileña y española (Ministerio de Justicia), la forma de reconocer y ejecutar decisiones es muy diferente, incluyéndose las comisiones rogatorias. Con efecto, en España, los Juzgados de Primera Instancia son competentes tanto para el reconocimiento como para la ejecución de resoluciones. En Brasil, es competente para el reconocimiento el Superior Tribunal de Justicia, y para la ejecución los Jueces Federales de Primera Instancia. Estas competencias para el reconocimiento de decisiones se aplican no sólo entre Brasil y España, sino también en otros casos de cooperación entre Brasil y cualquier Estado del mundo (art. 105, I, i, de la Constitución brasileña, incluido por la enmienda 45/2004), o entre España y cualquier Estado que no sea de la UE (arts. 951 a 958 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881).

En materia penal, la cooperación entre España y miembros de la UE es mucho más ágil, pues las decisiones de embargo y de decomiso son transmitidas directamente a las autoridades competentes para la ejecución de la medida, sin intermediarios (principio del contacto directo), por cualquier medio que permita analizar la autenticidad de la decisión, incluso correo electrónico⁴²⁵. Entre Brasil y España, el art. 20.1. del Convenio bilateral en materia penal entre estos países, hecho el 22/05/2006, define que “las Partes podrán prestarse asistencia en la ejecución de decisiones de decomiso sobre bienes instrumento o producto

05/01/2013.

⁴²² Es la Autoridad Central designada, tanto en Brasil como en España, con relación a la Convención de Mérida de 2003.

⁴²³ ESPAÑA. Ministerio de Justicia español *et al.* *Prontuario de auxilio judicial internacional*. p. 33.

⁴²⁴ BRASIL. Ministério da Justiça. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria civil*. 3a ed. Brasília, 2012, p. 36. Vale destacar que, en Brasil, caso no haya tratado entre los Estados, la solicitud de cooperación internacional debe ocurrir por la vía diplomática, por medio del Ministerio de las Relaciones Exteriores (Advocacia-Geral da União –en adelante, AGU. Manual: *AGU no combate internacional à corrupção: a recuperação internacional de ativos da União*. Brasília, set. de 2012. p. 14)

⁴²⁵ art. 4.1 de la DM 2003/577/JAI; art. 4.2 de la DM 2006/783/JAI; art. 5 de la Ley 18/2006; art. 7 de la Ley 04/2010.

directo o indirecto del delito”, por medio de las Autoridades Centrales, que son en ambos los países el Ministerio de Justicia (art. 4º del referido Convenio).

Ya en materia civil, entre miembros de la UE, la propia parte interesada hace la solicitud de reconocimiento y ejecución, ante el Juez competente del Estado que ejecutará la medida (interpretación de los arts. 38 y 54 del Reglamento CE 44/2001)⁴²⁶. Martínez argumenta que sería posible aplicar este Reglamento para la recuperación del producto del delito, independientemente de la naturaleza del órgano jurisdiccional que determinó la medida⁴²⁷. Entre Brasil y España, el art. 15 del Convenio entre estos países en materia civil, hecho el 13/04/1989, dispone que las decisiones, incluso penales, referentes a las consecuencias civiles del delito, serán reconocidas y ejecutadas de acuerdo con el mencionado Convenio.⁴²⁸

No obstante las referidas normas civiles, la Convención de Mérida de 2003 es el único Tratado que faculta la efectiva cooperación internacional sobre embargo y decomiso sin condena penal, de acuerdo con los arts. 35, 43, 53.a y 54.1.c de esta Convención. La utilización del Convenio entre Brasil y España en materia civil exigiría la contratación de abogados privados, ya la Convención de Mérida de 2003 es mucho más eficaz, pues permite

⁴²⁶ “Cabe advertir que el procedimiento establecido para el reconocimiento mutuo en materia civil es un mecanismo profundamente diferente al previsto en materia penal. En materia civil o mercantil no se prevé el reconocimiento a solicitud de la autoridad judicial autora de la resolución sino que una vez dictada la decisión judicial por el Juez competente de un Estado miembro, es la parte interesada la que debe realizar la solicitud de reconocimiento y ejecución ante el Juez competente del Estado en que la medida deba ser ejecutada.” *Decisión marco de 22 de julio de 2003...op. cit.*, en PACHO, Jesús María Bamentos (Director) *et al*, *La nueva ley... (op. cit.)*. CGPJ. Estudios de Derecho Judicial 117, p. 189..

⁴²⁷ “En relación al tema que nos ocupa la medida cautelar de embargo adoptada por un juez penal para asegurar el pago de las responsabilidades civiles derivadas del delito podría ser objeto de solicitud de reconocimiento mutuo a través de la aplicación del Reglamento 44/ 2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, conocido como Bruselas I. No es obstáculo para ello que la medida se adopte dentro de un proceso penal ni por un Magistrado de la jurisdicción penal ya que el propio Reglamento prevé que su aplicación a todas aquellas decisiones de naturaleza civil o mercantil independientemente de la naturaleza del órgano jurisdiccional.” MARTÍNEZ, Rosa Ana Morán. *Ibidem*, pág. 188

⁴²⁸ Art. 15 “1. Las decisiones judiciales dictadas por los Tribunales de un Estado contratante en materia civil, mercantil y laboral serán reconocidas y ejecutadas en el otro Estado, de acuerdo con las disposiciones de este Convenio.

2. Por decisiones judiciales se entienden las sentencias, transacciones judiciales que pongan fin al proceso, autos, mandamientos o cualquier otra resolución similar.

3. Se considerarán incluidas las decisiones pronunciadas en actos de jurisdicción voluntaria.

4. Asimismo, se consideran comprendidas las sentencias penales en cuanto se refieran a las consecuencias civiles del delito.”

la cooperación internacional para decomisos sin condenas penales, sin apartar la contratación de abogados privados para la recuperación directa en el Estado receptor de los bienes.

En este aspecto, cuando hay más de un tratado aplicable en el caso concreto, se debe aplicar aquel más favorable a la cooperación internacional, para que sea efectuada de la forma más rápida, sencilla y menos costosa, de acuerdo con el principio *favor comissionis*, o *pro solitudine*. Este es el entendimiento de la AGU con respecto a la recuperación de activos:

En cuanto a las medidas de carácter constrictivo (embargos preventivos, secuestros de los activos, así como la efectiva recuperación de activos) parece ser adecuada la elección del tratado que prevea, con la mayor especificidad posible, aquella providencia. Si aun así dos o más tratados ofrecen la misma medida, se debe buscar aplicar aquél que resultará más favorable a la prestación de la cooperación – sea por la existencia de los requisitos de admisión y cumplir la solicitud con menos complejidad, sea mediante la obtención de informaciones sobre la aplicación práctica del acuerdo internacional por los órganos involucrados en esta aplicación.

En cuanto al trámite en Brasil, las decisiones extranjeras no firmes, como las cautelares y notificaciones, en materia penal o civil, pueden ser encaminadas por medio de cartas rogatorias a la Autoridad Central, la cual encaminará directamente al STJ, siguiendo el procedimiento previsto en la Resolución nº 09/2005 del STJ, que tiene como fundamento básico la observancia al orden público. Concedido el exequátur, el proceso será encaminado directamente para ser ejecutado por el Juez Federal de Primera Instancia competente para la ejecución de la medida. Se recuerda que no hay la necesidad de contratar abogados en el trámite de la carta rogatoria.

El reconocimiento (homologación) y ejecución de decisiones firmes, incluso para decomisos basados o no en condenas penales⁴²⁹, tiene un tratamiento diferente en Brasil. Es que la parte interesada debe ingresar con una acción en el STJ, representada por abogado, para homologar la decisión extranjera, observado el procedimiento de la Resolución nº 09/2005 del STJ, y desde que no haya violación al orden público interno. Homologada la decisión, la parte debe extraer una “carta de sentencia”, para la ejecución en el Juzgado Federal de 1ª Instancia del local de los bienes o en el domicilio del reo, conforme el autor optar (art. 475, letra P, párrafo único, del CPC).

⁴²⁹ Art. 9º, apartado I, del CP, y arts. 787 a 790 del CPP.

En general, este es el procedimiento brasileño para las llamadas cooperaciones internacionales pasivas, que son solicitudes de cooperación de un país extranjero para Brasil. Con relación a las cooperaciones activas (solicitudes de cooperación de Brasil para otros países), la propia parte o el Juez encamina el pedido a la Autoridad Central (Ministerio de Justicia), cuando hay tratado, o, en su ausencia, encamina el pedido por la vía diplomática (Ministerio de las Relaciones Exteriores), siempre sin la necesidad de pasar por el STJ.

En Brasil, el reconocimiento de decisiones por el STJ, después encaminada y ejecutada por el Juez Federal de Primera Instancia, seguramente es algo que está fuera de la dinámica en la cooperación internacional, ampliada con la globalización, pues provoca mucha morosidad en la ejecución de la medida⁴³⁰.

La preocupación con la protección uniforme de la soberanía y del orden público por el STJ no se justifica, pues este control puede ser hecho por los Jueces Federales de primera instancia, cuyas decisiones son sometidas a recurso a los Tribunales Superiores, incluso el STJ, que asegurará al final la uniformidad en la interpretación del orden público. Además, casi todas las solicitudes de reconocimiento de decisiones son deferidos por el STJ, fortaleciendo la falta de necesidad de la homologación previa⁴³¹.

Sin embargo, como dijo el Ministro del STF, *Dias Toffoli*, citando el ex-Ministro *Sepúlveda Pertence*: “no tengo simpatía por este sistema, pero es nuestro sistema constitucional”⁴³². Es decir, a pesar del procedimiento moroso del sistema brasileño, actualmente no hay como escapar de este sistema. Lo ideal sería la modificación de la

⁴³⁰ Según el STJ, el procedimiento demora más o menos 2 meses, eso si todos los documentos están en orden y desde que no haya contestación o impugnación por el Ministerio Público o la parte contraria. (Disponible en http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=1148, consultado en 12.01.2012). Se resalta que son 2 meses solamente en el STJ para reconocer la decisión, sin contar con los trámites en la autoridad central, y después la ejecución en primera instancia.

⁴³¹ “Uma rápida pesquisa no site do STJ permite observar que dos 7.633 pedidos de homologação de sentença estrangeiras já protocolados no STJ até 15 de novembro de 2011, apenas 299 foram contestados, o que representa menos de 4% do total. E certamente apenas uma fração dessas contestações impediu a homologação. Logo, a quase totalidade das sentenças estrangeiras não tem obstáculos à eficácia no território nacional. Demonstra-se, assim, o desperdício do controle prévio e indistinto exercido pelo STJ sobre todas as sentenças estrangeiras.” MADRUGA, Antenor. Pelo fim da homologação prévia de sentença estrangeira. Revista eletrônica Consultor Jurídico. Disponible en <http://www.conjur.com.br/2011-nov-16/cooperacao-internacional-fim-homologacao-previa-sentenca-estrangeira>. Consultado en 05/01/2013.

⁴³² Voto del Ministro Dias Toffoli (HC 105905, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 11/10/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-218 DIVULG 16-11-2011 PUBLIC 17-11-2011)

Constitución Federal, o hasta nuevas normas infra constitucionales que restrinjan el ámbito de decisiones que deben ser homologadas por el STJ.⁴³³

6.2 ASISTENCIA DIRECTA Y RECONOCIMIENTO DE DECISIONES SIN CONDENA POR LAS ABOGACÍAS DEL ESTADO

Conforme los artículos 35 y 53.a de la Convención de Mérida de 2003, los Estados Parte deben adoptar las medidas necesarias para permitir que las víctimas de la corrupción, incluyendo otros Estados, puedan entablar directamente ante sus Tribunales acciones civiles para la recuperación de activos de la corrupción. Teniendo en cuenta que es una obligación, según un Informe de las Naciones Unidas, todos los países, excepto uno, cumplen total o parcialmente estas medidas⁴³⁴. Por eso, se constata que el mayor problema no es entablar acciones civiles en Tribunales extranjeros, pero sí contratar abogados privados para estas medidas, en razón de la falta de cooperación por los órganos estatales.

El Estado víctima puede actuar directamente en el Estado receptor por medio del enjuiciamiento de una acción civil de conocimiento, o de la intervención como “tercer interesado” en proceso penal o civil ya instaurado (recuperación directa), o intentar reconocer y ejecutar una decisión civil. En estos casos, en regla, el Estado víctima debería estar representado por abogados con capacidad postulatoria para actuar en el Estado receptor de los bienes, generalmente abogados privados ya actuantes en este Estado.⁴³⁵

⁴³³ “Creio, portanto, que a lei ordinária poderia dispensar a homologação de determinadas sentenças estrangeiras, assim como fez, em seu artigo 15, parágrafo único, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei 4.657/1942), revogado tacitamente pelo artigo 483 do Código de Processo Civil e, expressamente, pelo artigo 4º da Lei 12.036/2009. Segundo esse dispositivo, não dependiam de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas”. MADRUGA, Antenor, Pelo fim da homologação prévia de sentença estrangeira. Revista eletrônica Consultor Jurídico. Disponible en <http://www.conjur.com.br/2011-nov-16/cooperacao-internacional-fim-homologacao-previa-sentenca-estrangeira>. Consultado en 05/01/2013.

⁴³⁴ Naciones Unidas, Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Aplicación de los capítulos III (Penalización y aplicación de la ley) y IV (Cooperación internacional) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (examen de los artículos 30 a 39), Viena, 27 a 31 de mayo de 2013, CAC/COSP/IRG/2013/7

⁴³⁵ En estos casos, hay renuncia tácita a la inmunidad del Estado extranjero, pues “ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción en un proceso ante un tribunal de otro Estado si él mismo ha incoado ese proceso” (art. 8.1.a de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes). En cuanto a la competencia, en Brasil, compete a los Jueces Federales de 1ª Instancia procesar y juzgar las demandas entre Estados extranjeros u organismo internacional, de un lado, y persona

Lo que ocurre es que los abogados privados son muy costosos para el Estado víctima, ya perjudicado por el hecho de corrupción, como se reconoce en Guía técnica de la Convención de Mérida de 2003,⁴³⁶ lo que puede desalentar, conforme el caso, la recuperación directa o el reconocimiento de decisiones civiles. Para verificar si la contratación de abogados privados es ventajosa, deben sopesarse los valores a recuperar, la probabilidad de éxito, y la demora de la tradicional cooperación jurídica internacional, conforme entendimiento de la AGU:

(...) uno de los criterios más importantes que influyen en la decisión de contratar un abogado extranjero será el valor de los activos pendientes de cobro. Otro criterio que puede determinar la actuación de Brasil directamente en el foro extranjero es la baja probabilidad de éxito de la recuperación de los activos basados únicamente en la cooperación jurídica internacional. La hipótesis sería, por ejemplo, cuando se comprueba que la acción a ser enjuiciada en el exterior tiende a tomar menos tiempo que la acción en curso en Brasil que generó la solicitud de cooperación.⁴³⁷

Tim Daniel y James Maton aluden a que las ventajas de la recuperación directa son: 1) puede ser el único medio de recuperar los activos cuando el proceso penal no está disponible; 2) la carga de la prueba, en la mayoría de las jurisdicciones, es menor que el estándar de la prueba penal; 3) la ausencia del reo no impide la condenación, desde que debidamente notificado, conforme a las reglas procesales civiles; 4) es más fácil para el Estado víctima entablar una acción civil que una acción penal, principalmente cuando involucra autoridad de “alto perfil”. Las desventajas son: 1) abogados privados muy costosos; muchas veces son difíciles de predecir los costos porque dependen en gran medida de la estrategia de la demanda; 2) es más fácil embargar bienes por la vía penal que por la vía civil, pero es más fácil decomisar bienes por la vía civil que por la vía penal; por eso muchas veces se utiliza un

residente o domiciliada en el País, nacionales o extranjeras, de otro lado (art. 109, II, de la Constitución). En estos casos, contra las decisiones del juez federal cabe “recurso ordinario” directamente al STJ (art. 105, II, c, de la Constitución). Si el reo no es residente o domiciliado en Brasil, el recurso no es para el STJ, sino para el Tribunal Regional Federal. BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2000, p. 302.

⁴³⁶ “Con respecto a las cuestiones de procedimiento relacionadas con la capacidad jurídica y el acceso a los tribunales, puede constituir un problema la necesidad de recurrir a asesoramiento letrado del país, en particular en el caso de los países menos adelantados y de muchos países en desarrollo, ya que los servicios jurídicos en estos ámbitos especializados tienden a ser muy caros y pueden ser de larga duración”. UNODC. *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Nueva York, 2010, p. 221.

⁴³⁷ BRASIL. AGU. *Manual: AGU no combate internacional à corrupção: a recuperação internacional de ativos da União*. Brasília, set. de 2012, p. 35-6 (traducción del autor).

paquete coordinado de medidas penales y civiles para inmovilizar y recuperar los activos.⁴³⁸

Una alternativa para la recuperación directa o el reconocimiento de decisiones civiles, sin la contratación de abogados privados civiles, sería un Abogado del Estado del país víctima con capacidad para postular en el juicio del Estado receptor, lo que es difícil, por las sabidas dificultades en conseguir la licencia para abogar en otros Estados (conocimiento del derecho extranjero, títulos, pruebas, etc.). Otra alternativa sería la representación del Estado víctima extranjero por los Abogados del Estado receptor. Sin embargo, los Abogados del Estado, en general, pueden abogar solamente para sus respectivos Estados, a no ser que haya una ley que les permita representar a otras personas, como suele ocurrir en la representación y defensa de agentes públicos nacionales que actúan en el legítimo ejercicio de la función.

En el caso de Brasil y España, la ley prevé que los Abogados del Estado pueden representar, en síntesis, al propio Estado y agentes públicos cuando actúan legítimamente en el ejercicio de la función⁴³⁹, pero no hay previsión legal para representar a Estados extranjeros. Sin embargo, de acuerdo con la ponencia aprobada en el primer Congreso de la Abogacía del Estado de España, se destaca la necesidad de la representación de los Estados extranjeros por los Abogados del Estado, *in verbis*:

Otro campo que conviene potenciar son las funciones consultivas y contenciosas en materia de Derecho Comunitario y, en general la representación del Estado español frente a otros Estados u organizaciones internacionales. Incluso (por vía de reciprocidad) podría ponderarse la posible actuación del Abogado del Estado en representación y defensa de Estados extranjeros ante la jurisdicción española.⁴⁴⁰

Aunque no haya previsión legal expresa para que los Abogados del Estado de Brasil y España representen al Estado extranjero, la Convención de Mérida de 2003 insta a los Estados que cooperen para devolver los bienes a sus titulares, correspondientes a los Estados víctima.

⁴³⁸ DANIEL, Tim y MATON, James. *La recuperación de activos de la corrupción de funcionarios públicos a través de procedimientos civiles*. In: JORGE, Guillermo *et al.* *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008, p. 139.

⁴³⁹ España: arts. 1 y 2 de la Ley 52/1997; arts. 1 y 46 del Real Decreto 997/2003. Brasil: art. 131 de la Constitución Federal; art. 1º de la Ley complementaria 73/1993; y art. 22 de la Ley 9.028/1995.

⁴⁴⁰ Asociación de Abogados del Estado. *Competencias y funciones de la Abogacía del Estado: La Asistencia Jurídica al Estado en el Siglo XXI*. Primer Congreso de la Abogacía del Estado, Madrid, 16 y 17 de diciembre de 1999, Editorial Arazandi, p. 36.

En otras palabras, el Estado receptor, representado por sus Abogados del Estado, puede, en nombre propio, reconocer decisiones civiles (firmes y extranjeras), o entablar acciones civiles de conocimiento, incluso actuar como tercer interesado en algún proceso penal o civil ya iniciado (ej.: parte civil, asistente, entre otros), con vistas al embargo preventivo y al decomiso de los bienes a favor del Estado víctima, y en cumplimiento a la Convención de Mérida de 2003.

Esta actuación no es novedad en el ámbito internacional. Los Abogados del Estado de España representan y defienden en juicio al Estado, personificado en la Autoridad Central (Subdirección de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia), en cumplimiento a los tratados internacionales sobre la obtención de alimentos y sobre la sustracción internacional de menores, conforme relata el Ministerio de Justicia:

La Abogacía del Estado colabora con la Subdirección de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia en las funciones que esta desempeña como Autoridad Central del Estado Español en cuanto al cumplimiento de los tratados internacionales en materia de reclamación de alimentos a residentes en España a favor de menores residentes en países extranjeros y en los supuestos de sustracción de menores que han sido traídos a España de forma ilegal.⁴⁴¹

La actuación de los Abogados del Estado de España no se limita solamente a entablar acciones civiles de conocimiento, sino que también puede reconocer y ejecutar decisiones extranjeras sobre reclamación de alimentos y sustracción internacional de menores, conforme jurisprudencias a seguir:

PROCESO CIVIL. LEGITIMACIÓN. ABOGADOS DEL ESTADO. Legitimación del Abogado del Estado para la obtención del reconocimiento de las sentencias extranjeras instada al actuar en representación de la Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional para lo que no precisa otorgamiento de poder. INADECUACIÓN DE PROCEDIMIENTO. Se desestima esta excepción al haberse iniciado por el Abogado del Estado ejecutante procedimiento que supone la obtención de exequatur, u homologación en España de las sentencias dictadas en Holanda y al ser aplicables los arts. 951 y ss de la LEC de 1881. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS. Se declaran reconocidas, válidas y ejecutables las sentencias extranjeras que se pretenden reconocer al haber sido dictadas sin declaración de rebeldía del obligado a la prestación alimenticia, no contradecir el orden público español y al ser inexistentes otras decisiones judiciales que puedan afectar a las mismas partes. (Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª, Auto de

⁴⁴¹ Ministerio de Justicia, Memoria de la Abogacía General del Estado Dirección del Servicio Jurídico del Estado (2010), Madrid, 2011, p. 39

17 Abr. 2008, rec. 449/2007)

Se estima el recurso de apelación interpuesto por el Sr. Abogado del Estado contra la sentencia de fecha 8 de Mayo de DOS MIL del juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Ourense, que se revoca, estimando que procede el reconocimiento y ejecución de la resolución del Juzgado de Zona Mesao Frio (Portugal) de 3 de Diciembre de 1988 restituyéndose el menor Rubén a la custodia de Dña Isabel (Audiencia Provincial de Ourense, Sección 2ª, Nº de Recurso: 63/2000, Resolución: 18/2000)

Los Abogados del Estado brasileños también representan al Estado, personificado en la Autoridad Central (Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia)⁴⁴² con relación a la sustracción internacional de menores, con vistas al retorno de menores ilícitamente transferidos de determinado Estado. El Estado brasileño, representado por Abogados del Estado, inicia acciones civiles en nombre propio para hacer cumplir las obligaciones asumidas al firmar el Convenio de La Haya, no para defender los intereses privados de los padres.⁴⁴³

Conforme interpretación del art. 1º de la “Portaria Conjunta MJ/PGR/AGU nº 1”, de 27 de octubre de 2005, el auxilio directo en materia penal compete al Ministerio Público Federal, y el auxilio directo en materia civil compete a la AGU.⁴⁴⁴ Como excepción, compete al Ministerio Público Federal, como Autoridad Central, el auxilio directo, así como el reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras para cobrar alimentos, en razón del art. 26 de la Ley 5.478/68, publicada cuando aún no existía el DRCI (Autoridad Central brasileña en la casi totalidad de los tratados) y la AGU –por eso, el Ministerio Público Federal, en aquel entonces, acusaba penalmente y defendía al Estado. En estos casos, cabe resaltarse que el Ministerio Público Federal, aparte de entablar acciones civiles para cobrar

⁴⁴² Cumple destacar que, en Brasil, la entidad jurídica de derecho público interno *União* es la entidad federal que representa tanto la Autoridad Central como la entidad jurídica de derecho público externo República Federativa de Brasil. Explica la AGU en el caso de la sustracción internacional de menores: “Como la Secretaría de Derechos Humanos, como órgano integrante de la estructura de la Administración Pública Federal directa, no tiene personalidad jurídica, compete a la *União* representar sus intereses en los tribunales. Además, la *União*, en la condición de entidad jurídica de derecho público interno, es la face interna del Estado brasileño, entidad jurídica de derecho público externo, y no sólo tiene la obligación de cumplir, sino también de hacer cumplir los compromisos internacionales asumidos por Brasil en los tratados y convenios internacionales. Está claro, entonces, que la *União* tiene legitimación e interés jurídico para enjuiciar la presente acción, en respuesta a una solicitud de cooperación judicial internacional”. BRASIL. AGU. *Combate à Subtração Internacional de Crianças: a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças*. 2011, p. 9. (Traducción del autor)

⁴⁴³ Ibidem.

⁴⁴⁴ ARAUJO, Nadia de et al. *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça: Comentários à Resolução nº 9/2005*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 94.

alimentos, también reconoce en el STJ y ejecuta en el Juzgado Federal de 1ª Instancia decisiones extranjeras sobre el tema, en calidad de Autoridad Central, conforme esclarece la jurisprudencia del STJ (Corte Especial):

1. Conforme el artículo VI, de la Convención de Nueva York sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero, el Ministério Público Federal, en la calidad de Institución Intermediaria, puede tomar todas las providencias necesarias a la efectuación del cobro de alimentos, entre las cuales pedir la homologación de sentencia extranjera, donde fijada la obligación alimenticia, con vistas a ejecutarla en Brasil.

(...)

4. Pedido de homologación deferido.

(STJ - SEC 2.133/PT, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, CORTE ESPECIAL, juzgado de 17/10/2007, DJ 08/11/2007, p. 155). Traducción del autor.

En este aspecto, el art. 46.13 de la Convención de Mérida también prevé que la Autoridad Central puede dar cumplimiento a un pedido de cooperación internacional.⁴⁴⁵ La Autoridad Central brasileña designada para eso es el Ministerio de Justicia (DRCI), tal como lo es en España (Ministerio de Justicia - Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional). En razón de que estos órganos no tienen capacidad postulatoria para actuar en juicio, cabrá al Abogado del Estado representarlos, en nombre del Estado, para ingresar con acciones judiciales, como en el caso de sustracción internacional de menores. La ejecución de solicitudes de cooperación internacional por las Autoridades Centrales por algunos países es comentada en documento de la ONU, *in verbis*:

Se concedió especial atención a la estructura y el papel de la Autoridad Central. Algunos países atribuían a la respectiva Autoridad Central un papel formal, según el cual su cometido se limitaba a recibir y enviar las solicitudes de asistencia judicial recíproca, en tanto que otras autoridades centrales se encargaban de ejecutar las solicitudes, realizar la coordinación sustantiva o dar seguimiento a la solicitud en las instituciones nacionales. Esos distintos papeles repercuten también en la comunicación entre las autoridades centrales y sus homólogos en el extranjero, así como en su participación en redes de cooperación regional o internacional que ayudan a facilitar los trámites de la asistencia judicial recíproca.⁴⁴⁶

⁴⁴⁵ Art. 46.13. “Cada Estado Parte designará a una Autoridad Central encargada de recibir solicitudes de asistencia judicial recíproca y facultada para darles cumplimiento o para transmitirlos a las autoridades competentes para su ejecución.”

⁴⁴⁶ ONU, Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

Además, la Convención de Mérida de 2003 determina que los Estados Parte prestarán la más amplia cooperación, reforzando la atribución de los Abogados del Estado. Luego, la legitimación del Estado, representado por sus Abogados propios, está basada en la propia Convención de Mérida de 2003, no siendo necesaria ninguna otra norma legal para proporcionar legitimación al Estado, conforme se extrae de los art. 46.7, 48.2 y 55.6 de la Convención en cuestión:

46.7 Los párrafos 9 a 29 del presente artículo se aplicarán a las solicitudes que se formulen con arreglo al presente artículo siempre que no medie entre los Estados Parte interesados un tratado de asistencia judicial recíproca. Cuando esos Estados Parte estén vinculados por un tratado de esa índole se aplicarán las disposiciones correspondientes de dicho tratado, salvo que los Estados Parte convengan en aplicar, en su lugar, los párrafos 9 a 29 del presente artículo. Se insta encarecidamente a los Estados Parte a que apliquen esos párrafos si facilitan la cooperación.

48.2 Los Estados Parte, con miras a dar efecto a la presente Convención, considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales en materia de cooperación directa entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley y, cuando tales acuerdos o arreglos ya existan, de enmendarlos. A falta de tales acuerdos o arreglos entre los Estados Parte interesados, los Estados Parte podrán considerar que la presente Convención constituye la base para la cooperación recíproca en materia de cumplimiento de la ley respecto de los delitos comprendidos en la presente Convención. Cuando proceda, los Estados Parte aprovecharán plenamente los acuerdos y arreglos, incluidas las organizaciones internacionales o regionales, a fin de aumentar la cooperación entre sus respectivos organismos encargados de hacer cumplir la ley.

55.6. Si un Estado Parte opta por supeditar la adopción de las medidas mencionadas en los párrafos 1 y 2 del presente artículo a la existencia de un tratado pertinente, ese Estado Parte considerará la presente Convención como la base de derecho necesaria y suficiente para cumplir ese requisito.

En complemento, “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe” (*pacta sunt servanda*),⁴⁴⁷ de modo que los dispositivos de la Convención de Mérida de 2003 sobre cooperación internacional tienen aplicación directa (*self-ejecting*).⁴⁴⁸ Exigir nuevos tratados bilaterales para implementar la cooperación internacional sobre el

Grupo de examen de la aplicación. Cuarto período de sesiones. Viena, 27 a 31 de mayo de 2013. Tema 2 del programa provisional: Examen de la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CAC/COSP/IRG/2013/11).

⁴⁴⁷ Art. 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo de 1969.

⁴⁴⁸ “Los tratados *self-ejecting* son de aplicación directa por los órganos de los sujetos partes”. ESPADA, Cesáreo Gutiérrez. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 641.

decomiso sin condena dificultaría sobremanera la efectividad de la Convención de Mérida de 2003 y de las actuales recomendaciones internacionales, debido a los morosos y burocráticos trámites para la ratificación de un tratado. Además, seguir este procedimiento con cada uno de los Estados que ratificaron tal Convención sería desalentador. La aplicación directa de la Convención de Mérida de 2003 para la cooperación internacional ya es utilizada actualmente por diversos países, como explica un Informe de las Naciones Unidas:

Pese a que solo un país requería un tratado como base para dicha asistencia, aproximadamente 20 países señalaron que podían utilizar la Convención como base jurídica de la asistencia judicial recíproca. Esos países eran de todas las regiones y ordenamientos jurídicos (...). En la práctica la utilización de la Convención como base jurídica de la asistencia judicial recíproca ha pasado a ser, al parecer, una pauta difundida.⁴⁴⁹

El prontuario de auxilio judicial internacional, elaborado por el Ministerio de Justicia español, entre otros órganos, define que los tratados internacionales son directamente aplicables en España, con fundamento en el art. 94 de la Constitución española, conforme descrito a seguir:

Como es sabido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 94 de la Constitución Española, los tratados internacionales son directamente aplicables en España y forman parte del ordenamiento jurídico interno, una vez que han sido objeto de publicación oficial. Por tanto, los convenios vigentes en materia de cooperación jurídica internacional son de aplicación directa sin necesidad de ulterior desarrollo legislativo interno.⁴⁵⁰

Así, es sostenible que los Estados de Brasil y España, cuando receptores de bienes ilícitos extranjeros, enjuicen acciones civiles, o reconozcan decisiones civiles, para hacer cumplir la Convención de Mérida de 2003 (arts. 35, 43, 51, 54, 55 y 57) y asegurar la repatriación del producto de la corrupción al Estado víctima, con la posibilidad de descontar los gastos o hasta repartir los bienes, conforme acuerdos en el caso concreto.⁴⁵¹

⁴⁴⁹ Naciones Unidas, Conferencia de los Estados Parte en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Aplicación regional del capítulo IV (Cooperación internacional) de la Convención de las Naciones Unidas, Viena, 27 a 31 de mayo de 2013, CAC/COSP/IRG/2013/11

⁴⁵⁰ ESPAÑA. Ministerio de Justicia *et al.* *Prontuario de auxilio judicial internacional*. p. 8

⁴⁵¹ Art. 57, apartados 4 y 5, de la Convención de Mérida de 2003.

En texto presentado en la reunión anual del instituto *The Law and Society Association*,⁴⁵² se describe que los altos honorarios por la contratación de abogados privados para representar Estados extranjeros en Estados Unidos, con miras al embargo o al decomiso del producto de la corrupción, pueden ser evitados con la aplicación de los artículos 51, 55 y 57 de la Convención de Mérida de 2003, por medio de acciones enjuiciadas por los *local Assistant U.S. Attorneys*, los cuales acumulan diversas responsabilidades: 1) acusación penal en la esfera federal; 2) defensa de Estados Unidos en los procesos civiles, como autor o reo; 3) cobro de impuestos federales no pagados administrativamente.⁴⁵³

El referido texto menciona que un abogado privado estadounidense entrevistado sugirió que el uso de los mecanismos de cooperación internacional para la recuperación de activos es lento y poco fiable, especialmente porque el *local Assistant U.S. Attorney* tiene poco interés o experiencia en tales procedimientos, opinión esta que fue compartida por abogados y fiscales de Argentina. Sin embargo, los *U.S. Attorneys* entrevistados no estaban de acuerdo con esta posición.⁴⁵⁴ Por supuesto, dependerá mucho del abogado privado contratado o del Abogado del Estado que actúe en la demanda para concluir quien es mejor o peor, pues se debe presumir que la obligación asumida por un abogado privado o del Estado debe ser igualmente ejercida con ahínco y confianza. El problema es tener que pagar honorarios caros, por un Estado ya perjudicado por el hecho corrupto.

Es importante destacar que las Abogacías del Estado de Brasil y de España actúan efectivamente en la lucha contra la corrupción, en acciones civiles o penales, sobre todo para la recuperación de activos.

En efecto, con relación a la AGU, el Departamento de Patrimonio y Probidad (órgano central) y el Grupo Permanente de Actuación Proactiva (órgano de ejecución) son

⁴⁵² DAVIS, Kevin E., JORGE, Guillermo, y MACHADO, Maíra Rocha. *Transnational Anti-Corruption Law in Action: Case Studies from Argentina and Brazil*. Paper presented at the annual meeting of the The Law and Society Association, Westin St. Francis Hotel, San Francisco, CA, 14/05/2013. Disponible en http://citation.allacademic.com/meta/p496433_index.html. Consultado en 20/05/2013.

⁴⁵³ “United States Attorneys conduct most of the trial work in which the United States is a party. The United States Attorneys have three statutory responsibilities under Title 28, Section 547 of the United States Code: the prosecution of criminal cases brought by the Federal Government; the prosecution and defense of civil cases in which the United States is a party; and the collection of debts owed the Federal Government which are administratively uncollectible.” United States Attorneys' Office - Department of Justice. Disponible en <http://www.justice.gov/usao/about/mission.html>. Consultado en 24/05/2013.

⁴⁵⁴ DAVIS, Kevin E., JORGE, Guillermo, y MACHADO, Maíra Rocha. Op. cit. Disponible en: http://citation.allacademic.com/meta/p496433_index.html. Consultado en 20/05/2013.

competentes para enjuiciar acciones civiles o intervenir en acciones penales en todo el territorio brasileño, especialmente para la recuperación de activos,⁴⁵⁵ e incluso ha logrado una de las mayores recuperaciones de activos de la historia brasileña, en el famoso caso de corrupción llamado *Grupo OK*.⁴⁵⁶

En el ámbito internacional, el Departamento Internacional (órgano central) y el Grupo de Actuación en Asuntos Internacionales (órgano de ejecución) son competentes para representar al Estado brasileño a fin de hacer cumplir tratados o acuerdos internacionales, o ejecutar los pedidos de cooperación judicial internacional, en materia civil, incluso en la recuperación del producto de la corrupción.⁴⁵⁷ Este Departamento, que actúa de forma efectiva en la lucha contra la corrupción, con importantes resultados en la recuperación de activos en el exterior, ha elaborado el manual *AGU no combate internacional à corrupção: a recuperação internacional de ativos da União*.⁴⁵⁸

La Abogacía del Estado del Reino de España también actúa de forma efectiva en la lucha contra la corrupción, en las esferas civil y penal, como en los casos *Gurtel*, *Sandokan*, *GE Powers*, *Carlos Fabra*, entre muchos otros.⁴⁵⁹ Los órganos centrales competentes son la Subdirección General de los Servicios Contenciosos y la Subdirección General de Asuntos de la Unión Europea e Internacionales.⁴⁶⁰

Ejemplificando, se supone un pedido de la Abogacía del Estado de España para enjuiciar una acción civil o reconocer y ejecutar una decisión civil, con miras a la recuperación de activos de la corrupción. Antes del pedido formal, es prudente la realización de intercambios informales de informaciones entre los Abogados del Estado de Brasil y España, para hablar sobre el caso, las pruebas y los caminos jurídicos viables.

⁴⁵⁵ Art. 23, II, b y c, del Decreto nº 7.392/2010 y Portaria PGU nº 15/2008.

⁴⁵⁶ Hasta mayo de 2013 retornaron a los cofres públicos aproximadamente US\$ 50 millones. Todos los meses ingresan más o menos US\$ 2 millones, en razón de un acuerdo histórico con el deudor en el valor alrededor de US\$ 230 millones. Disponible en: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=219493&id_site=1108&aberto=&fechado=. Consultado en 28/05/2013.

⁴⁵⁷ Art. 27 del Decreto Nº 7.392/2010 y Portaria PGU nº 03, el 03 de noviembre de 2011.

⁴⁵⁸ BRASIL. AGU. *Manual: AGU no combate internacional à corrupção: a recuperação internacional de ativos da União*. Brasília, set. de 2012.

⁴⁵⁹ ESPAÑA. Ministerio de Justicia. *Memoria de la Abogacía General del Estado - Dirección del Servicio Jurídico del Estado (2010)*. Madrid, 2011, p. 43-44.

⁴⁶⁰ Arts. 3.1, apartados b) y d), del Real Decreto 997/2003.

Posteriormente, el pedido será encaminado de una Autoridad Central a otra. A su vez, la Autoridad Central brasileña analizará los requisitos formales y, si está todo en orden formalmente, encaminará el pedido a la *Advocacia-Geral da União* (AGU), para enjuiciar la acción civil de conocimiento (auxilio directo) o pedir al STJ el reconocimiento de la resolución firme civil, para después ejecutarla en 1ª Instancia –todo eso en cumplimiento a la Convención de Mérida de 2003. Lo contrario debe ser cierto, aunque por caminos diferentes; esto es, sin la necesidad de contratación de abogados privados.

6.3 PARTICULARIDADES DEL MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO

Según el Ministerio de Relaciones Exteriores brasileño, el Memorando de Entendimiento es un acto semejante a un acuerdo, redactado de forma simplificada, destinado a registrar principios generales que orientarán las relaciones entre las Partes en los planes político, económico, jurídico y cultural, entre otros, ampliamente utilizado para definir líneas de acción y compromisos de cooperación, sin generar nuevas obligaciones jurídicas en el plan internacional.⁴⁶¹

En cuanto al caso en estudio, el Memorando de Entendimiento tiene el objetivo de fortalecer y facilitar la cooperación internacional entre las partes firmantes, aproximando la relación entre los órganos. Así, proporciona rapidez y efectividad en el intercambio de informaciones, sugiriendo la cooperación informal y directa entre los órganos, “complementaria al trabajo que ya es realizado por los Ministerios de Justicia”⁴⁶²; es decir, no quita a las autoridades centrales sus atribuciones legalmente previstas. Además, se puede disponer sobre capacitación del personal, intercambio de experiencias, identificación de funcionarios de enlace⁴⁶³ o puntos de contacto, esclarecer los canales legales para la

⁴⁶¹ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Atos internacionais, prática diplomática brasileira, manual de procedimentos*. Brasília, mayo de 2010, p. 6 y 8. Disponible en <http://dai-mre.serpro.gov.br/clientes/dai/dai/manual-de-procedimentos/manual-de-procedimentos-pratica-diplomatica>. Consultado en 25/05/2013.

⁴⁶² BRASIL. Ministério Público Federal. *Memorandos de Entendimento*. Disponible en <http://ascji.pgr.mpf.gov.br/atuacao-da-ccji/memorandos/memorandos>. Consultado en 26/05/2013.

⁴⁶³ Sobre los funcionarios de enlace, UNODC propone establecerlos en memorandos de entendimiento: “los arreglos necesarios para esos contactos informales deberían ser objeto de protocolos y salvaguardias apropiadas, que podrían comprender desde el uso de funcionarios de enlace locales para asuntos penales, en los casos en se hayan establecido memorandos de entendimiento o protocolos similares, hasta la conclusión de

cooperación internacional (con vistas a la simplificación)⁴⁶⁴, así como afirmar competencias y atribuciones previstas en normas nacionales o internacionales.

Para alcanzar el éxito en la lucha contra la corrupción, es de suma importancia la actuación conjunta y organizada entre los órganos nacionales e internacionales, sea para intercambiar informaciones, sea para entablar investigaciones o acciones judiciales (incluso en litisconsorcio activo), sin conflictos sobre competencias y atribuciones, con desapego de las vanidades del poder, pues seguramente hay mucho espacio para la actuación de todos los órganos contra la diseminada corrupción, y con beneficios para todos, principalmente al Estado. Trabajar de forma solitaria beneficia solamente a los grupos criminales organizados, que se aprovechan de la falta de comunicación entre los órganos. Al respecto, es oportuno transcribir las enseñanzas de Guillermo Jorge cuando comenta sobre la cooperación interinstitucional e internacional para la recuperación de activos, destacando la necesidad de comunicar a la Abogacía del Estado, para analizar eventuales acciones civiles:

(...) el éxito en estas investigaciones requiere además de una intensa cooperación interinstitucional. En nuestro análisis comenzamos con los sujetos obligados en el sector privado, identificando transacciones, informando a la Unidad de Análisis Financiero y ésta al Ministerio Público. Este, a su vez, debería estar en contacto con el Consejo de Defensa (del Estado) de Chile, para determinar si hay reclamos civiles para hacer o cuál es la vía de recuperación –directa o a través de cooperación internacional- más efectiva. También interviene el Poder Judicial y, seguramente, la Contraloría. Existe una intensa actividad interinstitucional y una interacción entre el sector público y el privado muy importante, la cual se requiere no sólo a nivel local, sino a nivel internacional. En nuestra región aun prevalece la idea de que estos son casos exclusivamente penales. Aún así, el Ministerio Público debería tender a diferenciar en la práctica la investigación de personas de la investigación de bienes y que para esto último se necesita de la ayuda de todas estas instituciones que fueron mencionadas a lo largo de todo este trabajo.⁴⁶⁵

De ahí la importancia de los Memorandos de Entendimiento entre órganos homólogos

arreglos regionales.” UNODC. *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Nueva York, 2010, p. 194.

⁴⁶⁴ Recomendación 40 de 2012 del GAFI: “Las autoridades competentes deben utilizar canales o mecanismos claros para la transmisión y ejecución eficaz de solicitudes de información u otros tipos de asistencia. Las autoridades competentes deben contar con procesos claros y eficientes para la prioriza”

⁴⁶⁵ JORGE, Guillermo. *Persecución y sanción de delitos. La recuperación de activos*. En Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Segundo Foro Internacional, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: desafíos para su aplicación en Chile, Santiago de Chile, 1 y 2 de diciembre de 2009, p.. 99

(que ejercen funciones similares) o heterogéneos⁴⁶⁶, para intensificar y facilitar la cooperación interinstitucional e internacional, de preferencia con “una amplia gama de contrapartes extranjeras”, de acuerdo con las Recomendaciones del GAFI.⁴⁶⁷

En el ámbito de estas cooperaciones, se destaca el intercambio informal de informaciones, incluso por teléfono y correo electrónico, obtenidas en bases de datos propias o en “otras bases de datos a las que tengan acceso directo o indirecto”.⁴⁶⁸ En esta situación, la prueba no debe ser juntada en procesos judiciales, debido a la informalidad de la transmisión de la información, generalmente obtenida en fuentes secundarias o terciarias. Con base en estas informaciones informales, se pueden buscar los canales formales para obtener las pruebas en las fuentes primarias de la información, para evitar invalidaciones judiciales de la prueba.⁴⁶⁹ También es importante destacar que los datos sigilosos deben ser transmitidos por vías protegidas, de modo que los órganos involucrados deben comprometerse a preservar el sigilo de las informaciones.⁴⁷⁰

⁴⁶⁶ Recomendación 40, apartados 2 y 3, de 2003 del GAFI: “2 Según el tipo de autoridad competente involucrada y la naturaleza y el propósito de la cooperación, pueden ser apropiados distintos canales para el intercambio de información. Entre los ejemplos de mecanismos o canales que se usan para intercambiar información se encuentran los siguientes: convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales, memorandos de entendimiento, intercambios con base en la reciprocidad, o por intermedio de los organismos internacionales o regionales apropiados. Sin embargo, esta Recomendación no tiene por objeto abarcar la cooperación en relación con la asistencia legal mutua o la extradición; 3. La referencia al intercambio indirecto de información con autoridades extranjeras que no sean homólogas abarca las situaciones en que la información solicitada pasa de la autoridad extranjera a través de una o más autoridades nacionales o extranjeras antes de que la reciba la autoridad solicitante. La autoridad competente que solicita la información siempre debe aclarar cuál es el propósito y en nombre de quién se la solicita.”

⁴⁶⁷ Recomendación 40 de 2012 del GAFI: “Los países deben autorizar a sus autoridades competentes a utilizar los medios más eficientes para cooperar. Si una autoridad competente necesita acuerdos o arreglos bilaterales o multilaterales, como un Memorando de Entendimiento (MOU), éstos deben negociarse y firmarse a tiempo, con una amplia gama de contrapartes extranjeras.”

⁴⁶⁸ Recomendación 40.4 de 2003 del GAFI: “Las UIF deberían estar capacitadas para hacer consultas en nombre de homólogas extranjeras cuando sea pertinente para el análisis de operaciones financieras. Como mínimo, las consultas deberían incluir: búsqueda en sus propias bases de datos, las que deberían incluir información relacionada con reportes de operaciones sospechosas; búsqueda en otras bases de datos a las que tengan acceso directo o indirecto, incluyendo bases de datos de autoridades garantes del cumplimiento de la ley, bases de datos públicas, bases de datos administrativas y bases de datos disponibles comercialmente. Cuando les esté permitido, las UIF también deberían ponerse en contacto con otras autoridades competentes e instituciones financieras para obtener información relevante.”

⁴⁶⁹ De acuerdo con AGU, la cooperación informal o administrativa tiene como finalidad “la obtención de informaciones de inteligencia, útiles en especial antes de enjuiciar la acción —durante la investigación de los actos de corrupción. Se debe recordar, sin embargo, que las informaciones obtenidas por tal mecanismo no tienen valor probatorio, como aquellas producidas por intermedio de los mecanismos de cooperación jurídica internacional propiamente dichos”. BRASIL. AGU. *Manual: AGU no combate internacional à corrupção: a recuperação internacional de ativos da União*. Brasília, set. de 2012, p. 11. Traducción del autor.

⁴⁷⁰ Recomendación 37.e de 2012 del GAFI: “Mantener la confidencialidad de las solicitudes de asistencia

La AGU y el Consejo de Estado de Francia suscribieron Memorando de Entendimiento, firmado por el Abogado-General de la Unión y el Vicepresidente del Consejo de Estado de Francia, para “incentivar la cooperación entre ellos”. Asimismo, para contribuir con el proceso de integración entre los países del Mercosur, el 24 de abril de 2008 fue constituido el mecanismo de cooperación e intercambio en materia de abogacía estatal – MECIMAE, por medio de la Carta de Intenciones firmada por el Abogado-General de la Unión (Brasil), por el Procurador del Tesoro de la Nación de la República Argentina y por el Procurador General de la República de Paraguay, objetivando, aún, la aproximación institucional y la creación de una reunión especializada en abogacía estatal en el ámbito del Mercosur. También fue firmado, el 20 de septiembre de 2010, el Convenio Interinstitucional entre la AGU y la Procuración del Tesoro de la Nación de la República Argentina.⁴⁷¹

En materia penal, el Ministerio Público Federal de Brasil suscribió Memorandos de Entendimiento con sus homólogos de China, Colombia, España, Italia, Japón, Mozambique, Paraguay, Perú, Portugal, Rusia, Ucrania y Venezuela, así como cambió Cartas de Intenciones con Finlandia, Noruega y Suiza,⁴⁷² firmadas por los respectivos Jefes de las Instituciones.

Ya el Ministerio Fiscal de España suscribió Memorandos de Entendimiento con los Ministerios Públicos de Argentina, Brasil, Chile, China, Corea, Costa Rica, Ecuador, Estados Unidos, Kazajstán, Panama, Perú, Rusia y Serbia, también firmados por los Jefes de las Instituciones. Es de destacar un Memorando de Entendimiento firmado entre órganos homogéneos y no homogéneos, los cuales son: el Ministerio del Interior del Reino de España, el Ministerio del Interior de la República Argentina, la Fiscalía General del Estado del Reino de España y el Ministerio Público Fiscal de la República Argentina.⁴⁷³

Sin descartar posibles y futuros Memorandos de Entendimiento bilaterales o multilaterales

legal mutua que reciben y la información en ellas contenida, sujeto a los principios fundamentales de derecho interno, con el objeto de proteger la integridad de la investigación o la investigación preliminar. Si el país que recibe la petición no puede cumplir con el requisito de confidencialidad, debe informarlo con prontitud al país que emite la solicitud.”

⁴⁷¹ Todos los acuerdos están disponibles en la página web: http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=74706&id_site=1105. Consultado en 25/05/2013.

⁴⁷² Informaciones disponibles en la página web del Ministerio Público Federal: <http://ascji.pgr.mpf.gov.br/atuacao-da-ccji/memorandos/memorandos>. Consultado en 26/05/2013.

⁴⁷³ Memorandos de entendimiento disponibles en la página: http://www.fiscal.es/Documentos/Convenios-de-colaboraci%C3%B3n.html?cid=1242052726454&pagename=PFiscal%2FPágina%2FFGE_pintarDocumentos. Consultado en 26/05/2013.

entre órganos homólogos o no, conforme lo expuesto anteriormente, la sugerión, para este trabajo, es que sea firmado un Memorando de Entendimiento entre la Abogacía-General de la Unión de Brasil y la Abogacía General del Estado del Reino de España, para intensificar y facilitar la cooperación entre los órganos, firmados por los respectivos Abogados Generales del Estado, principalmente para: 1) el intercambio informal y directo de informaciones, con descripción de los puntos de contacto; 2) el intercambio de experiencias y capacitación del personal; 3) la representación del Estado (Autoridad Central) en materia civil, en cumplimiento a los tratados internacionales; es decir, reconocer y ejecutar decisiones o entablar acciones civiles basadas en hechos penales previstos en la Convención de Mérida de 2003.

Por supuesto, en el Memorando de Entendimiento pueden constar otras situaciones jurídicas para intensificar y facilitar la cooperación jurídica internacional entre las partes, no sólo en el ámbito de la recuperación de activos de la corrupción, sino en otros temas relacionados con las actividades de los órganos, de acuerdo con las tratativas y voluntades políticas, bien como esclarecer los canales legales para la cooperación internacional (con vistas a la simplificación) y afirmar competencias y atribuciones previstas en normas nacionales o internacionales.

7 CONCLUSIONES

La Convención de Mérida es una revolución en el ámbito de la cooperación internacional para la recuperación de activos de la corrupción, pero todavía no están siendo cumplidos sus propósitos, o no están siendo comprendidos sus alcances, especialmente con relación a la asistencia jurídica basada en acciones civiles, así como en cuanto a la distribución dinámica de la carga de la prueba. La experiencia revela que los operadores de derecho están mucho más preocupados con las leyes puramente nacionales, olvidándose de los tratados internacionales, no obstante estos, en regla, sean incorporados como leyes nacionales cuando ratificados.

En general, los Estados exigen resoluciones penales firmes para la repatriación de los activos de la corrupción, exigencia que beneficia solamente a organizaciones criminales, debido a la dificultad probatoria para una condenación penal y la morosidad de los procesos criminales, sin contar con los diversos supuestos de extinción de la punibilidad (ej.: muerte, prescripción, etc.) o suspensión del proceso (ej.: fuga, ausencia, etc.), proporcionando el desembargo de los bienes por el Estado receptor, sea en razón de la extinción del proceso, sea en razón del transcurso del tiempo.

Sin embargo, aparte de la Convención de Mérida de 2003, todos los recientes documentos internacionales y comunitarios, incluso las recomendaciones del GAFI, exhortan el uso de acciones civiles y distribuciones dinámicas de la carga de la prueba para la recuperación de activos de la corrupción, que pueden servir también para interpretar otras leyes nacionales, o por lo menos permitir el reconocimiento y ejecución de tales decisiones, aunque no haya previsión en el derecho interno.

Al respecto, el GAFI, el Banco Mundial y la UNODC recomiendan que no importa la forma del decomiso sin condena, sino la sustancia, alertando que muchas jurisdicciones reconocen decomisos sin condena aunque sus leyes domésticas admitan solamente decomisos basados en condenas penales. Esto es, el proceso es un instrumento para concretizar el derecho material, no puede ser fin por sí mismo. Por eso, no interesa si el decomiso sin condena es *in rem* o *in personam*, o si la jurisdicción es civil o penal, lo importante es que sea observado el debido proceso legal, especialmente el contradictorio y el derecho al recurso, así como los derechos de terceros de buena fe.

El decomiso sin condena penal, en la mayoría de las jurisdicciones, no tiene carácter de sanción penal, luego no ofende los principios de la presunción de inocencia, de la no autoincriminación, y del derecho de propiedad, conforme entendimiento reiterado del TEDH. Por lo tanto, el decomiso sin condena está de acuerdo con las Constituciones de Brasil y de España, entre otras, por ausencia de sanción penal; así, no atenta contra el orden público, requisito fundamental para el reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras.

A primera vista, el decomiso sin condena penal parece algo complejo, por ser un instituto relativamente nuevo en el ámbito internacional. No obstante, en último análisis, la recuperación de activos de la corrupción está asentada en responsabilidades civiles, cuando se prueba el daño, y en el enriquecimiento sin causa, cuando no se prueba el daño pero hay indicios de la práctica de la corrupción, de acuerdo con la teoría dinámica de la carga de la prueba, aplicable en el proceso civil. Luego, en verdad, el reconocimiento de decisiones por responsabilidades civiles y enriquecimientos sin causa es de cierta forma sencillo y se ejerce todos los días en los tribunales extranjeros en las relaciones entre los particulares.

Hace mucho tiempo que se admite el reconocimiento de decisiones extranjeras en materia civil para los particulares, como créditos impagados, incluso decisiones arbitrales. Luego, ¿por qué no reconocer decomisos sin condena, por hechos corruptos, a favor del Estado? Los institutos de la responsabilidad civil y del enriquecimiento sin causa existen tanto para los particulares como para el Estado. Sería una paradoja reconocer las decisiones de los particulares y no reconocer las del Estado. La paradoja aumentaría bajo el punto de vista de que los particulares son mucho más parciales que el Estado: aquellos buscan intereses privados y estos intereses generales, referentes, en el decomiso sin condena, a manifiestas consecuencias políticas, económicas y sociales, nacionales e internacionales.

La diferencia es que, con relación a los particulares, para los pedidos de reconocimiento de resoluciones firmes en materia civil, es necesaria la contratación de abogados privados para representar la parte, a fin de reconocer y ejecutar la decisión extranjera en juicio. Por otra parte, para el Estado, la Convención de Mérida de 2003 alude a la amplia cooperación, incluso en materias civiles, mediante sus Autoridades Centrales, encargadas de recibir las solicitudes y darles cumplimiento o transmitir a las autoridades competentes (art. 46.13). En esta cuestión, sería una contradicción que el Estado receptor de los bienes abra la posibilidad de reconocer el decomiso sin condena penal, pero exija la representación del Estado víctima de la corrupción por abogados privados.

De esta forma, el Estado receptor debe posibilitar la cooperación internacional para la recuperación de activos sin condena penal, a favor del Estado víctima, principalmente cuando el proceso penal no esté disponible, como la muerte del reo, fuga, ausencia o en otros casos apropiados (art. 54.1.c de la Convención de Mérida de 2003), desde que la acción civil esté basada en un hecho penalmente tipificado. Así, se cumple el principio de la tutela judicial efectiva,⁴⁷⁴ puesto que los Estados pueden desistir de recuperar activos de la corrupción debido a los altos honorarios cobrados por abogados privados en tales casos, pero sin apartar esta posibilidad caso el Estado víctima de la corrupción entienda ser el mejor camino.

La cooperación internacional puede ocurrir de diversas maneras: 1) reconocimiento y ejecución de resoluciones firmes civiles; 2) enjuiciamiento de acciones civiles de conocimiento en el Estado receptor; o 3) intervención como “parte civil” o “asistente de acusación” en procesos penales, especialmente de blanqueo de capitales, en el Estado receptor. La recuperación de los bienes puede ser obtenida por abogados privados, pero en algunos casos el pago de honorarios puede no compensar la contratación. De este modo, es preferible la cooperación por los organismos estatales, conforme las competencias organizacionales previstas en el país, con la posibilidad del pago de los gastos y repartos de los bienes recuperados, conforme acuerdos específicos (art. 57, apartados 4 y 5, de la Convención de Mérida de 2003).

En el caso de Brasil y España, se propone la celebración de un Memorando de Entendimiento entre las respectivas Abogacías del Estado, para el intercambio directo e informal de informaciones, capacitación del personal, actuación en juicio para representación del Estado (Autoridad Central) en acciones civiles, reconocimiento de decisiones civiles para la recuperación del producto de la corrupción a favor del Estado víctima, en cumplimiento a la Convención de Mérida de 2003, entre otros supuestos que se entienda necesario.

Las leyes deben ser interpretadas conforme a la realidad social actual, de manera que las interpretaciones cambian con el tiempo. Delante del grave perjuicio económico causado por la corrupción mundial, seguramente una de las grandes responsables por la actual crisis económica globalizada, la respuesta del Estado debe estar a la altura, con base en los suficientes instrumentos jurídicos disponibles, muchas veces no explorados. Por eso, los organismos nacionales e internacionales deben actuar de forma conjunta y organizada, sin

⁴⁷⁴ Art. 5º, apartado XXXV, de la Constitución brasileña, y art. 24.1 de la Constitución española.

conflictos por competencias o vanidades derivadas de las atribuciones públicas, siempre con respeto a los derechos fundamentales, sobre todo al debido proceso legal.

BIBLIOGRAFÍA

ABBOUD, Alexandra M. *Temas de la democracia: cómo combatir la corrupción*. EJornalUSA, Volumen 11, Número 12, 2006.

ALMEIDA, L. P. Moitinho de. *Enriquecimento sem causa*. 2ª edición, Livraria Almedina: Coimbra, 1998.

ARAS, Vladimir. *O papel da Autoridade Central nos Acordos de Cooperação Penal Internacional*. In: JUNIOR BALTAZAR, José Paulo; FLORES DE LIMA, Luciano (coord.). *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*, 1.ed. Porto Alegre: ed. Verbo Jurídica, 2010.

ARAÚJO, Nadia de et al. *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça: Comentários à Resolução nº 9/2005*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

ASOCIACIÓN DE ABOGADOS DEL ESTADO. *Competencias y funciones de la Abogacía del Estado: La Asistencia Jurídica al Estado en el Siglo XXI*. Primer Congreso de la Abogacía del Estado. Editorial Arazandi. Madrid, 16 y 17 de diciembre de 1999.

BARROS, Marco Antonio. *Lavagem de Capitais e Obrigações Civis Correlatas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BECHARA, Fábio Ramazzini. *Cooperação Jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior*. Tesis de Doctorado en Derecho. Universidade de São Paulo, 2009.

BERGAMO, Monica. *Dilma estreia hoje na campanha de Haddad*. Folha de São Paulo. Disponible en <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/1150860-dilma-estreia-hoje-na-campanha-de-haddad.shtml>. Consultado en 10/11/2012.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Manual: *AGU no combate internacional à corrupção: a recuperação internacional de ativos da União*. Brasília, 2012.

_____. Advocacia-Geral da União. *AGU recupera US\$ 7 milhões bloqueados em conta do ex-juiz Nicolau na Suíça*. Disponible en http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=207909&id_site=3. Consultado en 08/02/13.

_____. Advocacia-Geral da União. *Advocacia-Geral fecha acordo com Grupo OK para*

ressarcir quase R\$ 500 milhões desviados dos cofres públicos. Disponible en http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTextoThumb.aspx?idConteudo=205939&id_site=3. Consultado en 12/02/13.

_____. Advocacia-Geral da União. *Acordo União e Grupo OK.* Disponible en http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=219493&id_site=1108&aberto=&fechado=, consultado en 28/05/2013).

_____. Advocacia-Geral da União. *Combate à Subtração Internacional de Crianças: a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças.* Brasília, 2011.

_____. Advocacia-Geral da União. *Manual: AGU no combate internacional à corrupção: a recuperação internacional de ativos da União.* Brasília, 2012.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *STJ julgou 230 mil Processos em 2011.* Disponible en http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=448&tmp.texto=107554, consultado en 18.11.12.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos: cooperação em matéria penal.* 3a edición. Brasília, 2012.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Atos internacionais, prática diplomática brasileira, manual de procedimentos,* Brasília, 2010. Disponible en <http://dai-mre.serpro.gov.br/clientes/dai/dai/manual-de-procedimentos/manual-de-procedimentos-pratica-diplomatica>. Consultado en 25/05/2013.

BRASIL. Ministério Público Federal. *A questão do contraditório prévio na cooperação jurídica internacional em matéria penal.* Disponible en http://ascji.pgr.mpf.gov.br/informes-e-documentos/documentos/docs_documentos/contraditorio_previo.pdf. Consultado en 27/01/2013.

_____. Ministério Público Federal. *Glosario - Cooperación Internacional.* Disponible en <http://gtld.pgr.mpf.gov.br/cooperacion-internacional/glosario/glosario-cooperacion-internacional>. Consultado en 02/12/2012.

_____. Ministério Público Federal. *Memorandos de Entendimento.* Disponible en <http://ascji.pgr.mpf.gov.br/atualizacao-da-ccji/memorandos/memorandos>. Consultado en 26/05/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Sentenças estrangeiras, perguntas mais frequentes.* Disponible en http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=1148, consultado en 12/01/2012.

BRUN Jean-Pierre *et al.* *Asset Recovery Handbook: a guide for practitioners.* Banco Mundial y UNODC, 2011.

CAJANI, Francesco. *Technologies and Business vs Law*. Octopus Conference on Cooperation against Cybercrime. Disponible en http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/cy_octopus2012/presentations/WS4_CAJANI_Technologies_and_Business_vs._Law-Cloud_computing_transborder_access_and_data_retention.pdf. Consultado en 02/03/2013.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil: admissibilidade e relevância*. São Paulo: RT, 2006.

CANOVAS, Alejandro Luzon. *Delincuencia económica y cooperación institucional*. Madrid: Editorial Civitas, 2010.

CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. *El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción*. 1ª edición. Universidad de Salamanca, 2012.

CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. *La aplicación territorial del delito de blanqueo de capitales en el derecho español*. In: CEPEDA, Ana Isabel Pérez (Dir.). *El principio de Justicia Universal. Fundamento y límites*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012

CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. *La corrupción de agente publico extranjero e internacional*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2003.

_____, Eduardo A. Fabián. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Ed. Colex, 1998.

CAPEROCHIPI, J. A. A. *El enriquecimiento sin causa*. Universidad de Santiago de Compostela, 1979.

CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*, 5ª ed., Editora Forense: Rio de Janeiro, 1999.

COMISIÓN EUROPEA. *La Comisión lucha contra la corrupción: Un compromiso más firme para obtener mejores resultados*. Bruselas, 2011.

COPOLA, Gina. *A improbidade administrativa no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Forum, 2011.

CORDERO, Isidoro Blanco. *Comiso ampliado y presunción de inocencia*. In: ABA, Luz María Puente (directora). *Criminalidad Organizada, Terrorismo e Inmigración. Retos contemporáneos de la Política Criminal*. Granada, 2008.

CORDERO, Isidoro Blanco. *El comiso de ganancias: ¿brutas o netas?* Diario La Ley, Año XXXII, Número 7569, Martes, 15 de febrero de 2011.

_____. *El delito de blanqueo de capitales*, Editorial Arazandi, 2012, e-book.

CORDERO, Isidoro Blanco. *Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)*. In: CAPARRÓS, Eduardo A. Fabián. *El derecho penal y la política criminal frente a la corrupción*. 1ª edición. Universidad de Salamanca, 2012, p. 339-340.

CORUÑA, A. *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil; 8 y 9 de abril de 2011; Universidad de Murcia. Murcia, 2011.

DAVIS, Kevin E., JORGE, Guillermo, y MACHADO, Maíra Rocha. *Transnational Anti-Corruption Law in Action: Case Studies from Argentina and Brazil*. Paper presented at the annual meeting of the The Law and Society Association. San Francisco, 14/05/2013. Disponible en http://citation.allacademic.com/meta/p496433_index.html. Consultado en 20/05/2013.

DE LA OLIVA SANTOS, Andres. *Derecho Procesal Penal*. Madrid: Editorial Universitaria Ramon Areces, 1997.

DOMÍNGUEZ, Ana Isabel Cerezo. *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*. Granada: Comares, 2004.

DOMÍNGUEZ, Fernando Rosado. *El blanqueo de dinero. Deficiencias en zonas internacionales de riesgo*. In: AGUADO, Javier Zaragoza (Director). *Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales*. Madrid: CGPJ, 2000.

EL PAÍS. *El peso de la crisis de Grecia amenaza al mundo*. Disponible en <http://www.elpais.com.co/elpais/economia/noticias/peso-crisis-grecia-amenaza-mundo>), consultado en 15/11/2012.

ESPADA, Cesáreo Gutiérrez. *Derecho Internacional Público*. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

ESPAÑA. Ministerio de Justicia. Fiscalía General del Estado y Consejo General del Poder Judicial de España. *Prontuario de auxilio judicial internacional*. Disponible en <http://www.poderjudicial.es/eversuite/Templates/comunidadesREJUE/prontuarioCivil.pdf>. Consultado en 05/01/2013.

_____. Ministerio de Justicia. *Memoria de la Abogacía General del Estado Dirección del Servicio Jurídico del Estado* (2010), Madrid, 2011.

EUROJUST Y EUROPOL. *Manual de los equipos conjuntos de investigación*. Bruselas, 4 de noviembre de 2011, 15790/1/11.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa e crimes de prefeito, comentários, artigo por artigo, da Lei nº 8.429/92 e do DL 201/67*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERNANDEZ, Francisco Jiménez-Villarejo. *Novedades legislativas en materia de decomiso y recuperación de activos*. Revista de Derecho Penal. Disponible en http://www.reformapenal.es/wp-content/uploads/2012/01/Penal34_NovLegislativas.pdf. Consultado en 30/05/13.

FERNANDÉZ, Jorge Vizueta. *El comiso de las ganancias provenientes del delito y el de otros bienes equivalentes a éstas*. Universidad de Huelva. Revista Penal, nº 19, 2007.

FILHO, Marino Pazzaglini *et al.* *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FOLHA DE SÃO PAULO. Brasil. *EUA se negam a abrir contas e criticam PF*. Disponible en <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1506200327.htm>. Consultado en 26/01/13.

GAFI. *Documento de Mejores Prácticas: decomiso (Recomendaciones 3 y 38)*. Aprobada por el pleno del GAFI en febrero de 2010.

_____. *Best Practices on confiscation (recommendations 4 and 38) and a framework for ongoing work on asset recovery*. Octubre de 2012.

GARCIA, Emerson, y ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GARCÍA, Nicolas Rodrigues. *La Corrupción de Funcionario Público Extranjero en el Derecho Penal Chileno a la Luz del Convenio de la OCDE*. Elaborado en el marco de proyectos de investigación españoles financiados por el Ministerio de Educación (DER2009-13351) y la Junta de Castilla y León (SA033A10-1).

GISBERT, Rafael Bustos. *Corrupción política: un análisis desde la teoría y la realidad constitucional*. In: Universidad Nacional de Educación a Distancia. *Teoría y Realidad Constitucional*. núm. 25, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Comentários ao Código Civil, parte especial, do direito das obrigações*. v.11. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONZÁLEZ, Criss. Fiscal de Costa Rica. Conferencia proferida en Madrid, en 23/09/2011. Jornadas Iberoamericanas: Lucha contra la corrupción y cooperación jurídica internacional. Disponible en <http://www.youtube.com/watch?v=aq3wrdfUqvI>, a partir de 24:00 del video. Consultado en 12/02/2012.

GRECCO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GREENBERG, Theodore S., et al. *Recuperación de activos robados: Guía de buenas prácticas para el decomiso de activos sin condena*. Banco Mundial y UNODC, 2009.

GUTIERREZ, Julio Ospina. *La acción de extinción de dominio*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2008.

HAMPTON, Alan. *Sources of information in a financial investigation*. In: US Department of Justice. Money laundering, 2007, vol. 55, n° 5.

HERMIDA, Ágata M.^a Sanz. *Aplicación transnacional de la prohibición del bis in idem en la Unión Europea*. Revista Penal, n.º 21, Enero de 2008.

HOFMEYR, Willie. *Navegando entre la asistencia mutua legal y los sistemas de decomiso*. En JORGE, Guillermo et al. *Recuperación de activos de la corrupción*, Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

HOUSE OF COMMONS. European Scrutiny Committee. *Sixth report of session 2012-13: documents considered by the Committee on 27 de june de 2012*.

ICAZA, Gilberto Boutin. *Forum non conveniens, La Limitación de la Jurisdicción y la denegación de justicia*. Editorial Portobelo, 2003.

INCHAUSTI, Fernando Gascón. *El decomiso transnacional de bienes*. Madrid: Ed. Colex, 2007.

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado y American Law Institute. *Principles and Rules of Transnational Civil*. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2878/11.pdf>. Consultado en 04/12/2012.

JESUS, Damásio E. de. *Código de Processo Penal Anotado*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

JORGE, Guillermo et al. *Recuperación de activos de la corrupción en Argentina: recomendaciones de política institucional y agenda legislativa*. 2009.

_____. *Recuperación de activos de la corrupción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2008.

JORGE, Guillermo. *Persecución y sanción de delitos. La recuperación de activos*. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. Segundo Foro Internacional. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción: desafíos para su aplicación. Santiago de Chile, 1 y 2 de diciembre de 2009.

JUICIO ICE-ALCATEL. Wikipedia. Disponible en http://es.wikipedia.org/wiki/Juicio_ICE-Alcatel. Consultado en 14/02/2013.

JUNIOR, Fredie Didier *et al.* *Curso de Direito Processual Civil*. v.2. Salvador: Ed. Podivm, 2007.

JÚNIOR, Wallace Paiva Martins. *Probidade Administrativa*. São Paulo: 2 ed., Saraiva, 2001.

KROETZ, Maria Candida do Amaral. *Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial*. Tesis de Doctorado en Derecho. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

LIMA, Luciano Flores; ARAS, Vladimir. *Cooperação internacional direta pela polícia ou pelo Ministério Público*. In: JUNIOR, José Paulo Baltazar (organizador). *Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

LOULA, Maria Rosa Guimarães. *Auxílio direto: novo instrumento de cooperação jurídica internacional civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

LLERA, Emilio. *Jornadas Iberoamericanas: Lucha contra la corrupción y cooperación jurídica internacional*. Conferencia en Madrid, el 22/09/2011. Disponible en <http://www.youtube.com/watch?v=xi4nip9kf9o>, consultado en 15/12/2012.

MADRUGA, Antenor. *A decisão extraterritorial sem cooperação*. Disponible en <http://www.conjur.com.br/2011-jul-06/decisao-extraterritorial-nao-cumprida-acordo-cooperacao>. Consultado en 15/02/2013.

_____. *Localização e Repatriamento de Bens no Exterior*. Seminário cooperação judiciária internacional. São Paulo: AJUFE e ANPR, 2001.

_____. *Pelo fim da homologação prévia de sentença estrangeira*. Revista electrónica Consultor Jurídico. Disponible en <http://www.conjur.com.br/2011-nov-16/cooperacao-internacional-fim-homologacao-previa-sentenca-estrangeira>. Consultado en 05/01/2013.

MARIANI, Paola. *How Damages Recovery Actions Can Improve the Fight Against Corruption: The Crisis of Criminal Law Policies and the Role of Private Enforcement in an Italian Case of Judicial Corruption* (February 17, 2012). Bocconi Legal Studies Research Paper n° 2007241. Disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2007241>. Consultado en 10/04/2013.

MARQUES, Silvio Antonio. *Improbidade Adminisrativa: ação civil e cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTÍN, Antonio Javier Pérez. *Tratado de Derecho de Familia*, t. 3, 2ª ed., Valladolid, Lex Nova, 2009, p. 1.135.

MARTÍNEZ, Rosa Ana Morán. *Decisión marco de 22 de julio de 2003, relativa a la ejecución en la Unión Europea de las resoluciones de embargo preventivo de bienes y*

aseguramiento de pruebas. In: PACHO, Jesús María Bamentos *et al.* *La nueva ley para la eficacia en la unión europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales*. CGPJ. Estudios de Derecho Judicial 117.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O Limite da Improbidade Administrativa*, 5a ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010.

MONTALVO, José Antonio Choclán. *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*. Madrid: Ed. Dykinson, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

MORENO, Juana Morcillo. *Teoría y práctica de las cuestiones prejudiciales en el ámbito del derecho administrativo: las posibles contradicciones entre resoluciones de distintos órdenes jurisdiccionales*. Las Rozas: La Ley, 2007.

MOZOS, Patricia Orejudo Prieto de los. *Tratamiento procesal del reconocimiento de resoluciones extranjeras en la práctica de las autoridades españolas*. Revista electrónica de estudios internacionales Dialnet, 2008.

MUCCIO, Hidejalma. *Curso de Processo Penal*. v.2. São Paulo: EDIPRO, 2001.

MUZILA, Lindy *et al.* *On th take: criminalizing illicit enrichment to fight corruption*. Banco Mundial y UNODC, 2012.

NANNI, Giovani Ettore. *Enriquecimento sem causa*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NEIVA, José Antonio Lisbôa. *Improbidade Administrativa: legislação comentada artigo por artigo: doutrina, legislação e jurisprudencia*. 3.ed. Rio de Janeiro: Ed. Impetus, 2012.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. *Comentários ao Código de Processo Penal*. São Paulo: EDIPRO, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 7ª ed. São Paulo: RT, 2011.

OCDE y Banco Mundial. *Identification and Quantification of the Proceeds of Bribery*. Febrero de 2012. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264174801>. Consultado en 15/05/2013.

_____. *Tracking Anti-Corruption and Asset Recovery Commitments*, 2011.

OLIVEIRA, Eugenio Pacceli de. *Curso de Processo Penal*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: From, 2009.

ORSI, Omar Gabriel; RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás. *Transparencia, acceso a la información y tratamiento penal de la corrupción*. Buenos Aires: Del Puerto, 2011.

OSORIO, Fabio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: RT, 2007.

PACHO, Jesús María Bamentos *et al* (Director). *La nueva ley para la eficacia en la unión europea de las resoluciones de embargo y aseguramiento de pruebas en procedimientos penales*. CGPJ. Estudios de Derecho Judicial. 2007.

PELUSO, Cesar. Ministro del Supremo Tribunal Federal. *Somos o único país que tem quatro instâncias recursais*. Disponible en <http://www.estadao.com.br/noticias/impreso,somos-o-unico-pais-que-tem-quatro-instancias-recursais,658966,0.htm>. Consultado en 15/11/2012.

PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: RT, 2003.

ROS, Juan Francisco Fernández. *Algunas notas sobre la Reforma del Código Penal sobre el comiso y el blanqueo de capitales*. Noticias Jurídicas. Disponible en <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho%20Penal/201103-8257512545215963.html>. Consultado en 16/03/2013.

ROSS, David Benjamin Ross. *Civil Forfeiture: A Fiction That Offends Due Process*. Virginia Beach: Regent U. L., 2001.

RUIZ, Esperanza Castellanos; RODRIGO, Juliana Rodríguez. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil de la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles (arts. 36 a 39 LEC)*. Barcelona: InDret, julio de 2006.

RUIZ RENGIFO, Hoover Wadith. *Criminalidad Organizada y Delincuencia Económica*. Bogotá: Ed. Jur. Gustavo Ibáñez, 2002.

SAADI, Ricardo. *Brasil recupera só 0,06% de recursos bloqueados por evasão*. Disponible en <http://economia.estadao.com.br/noticias/economia,brasil-recupera-so-006-de-recursos-bloqueados-por-evasao-,125209,0.htm>. Consultado en 27/11/12.

SALLES, Carlos Alberto de. *Alguns aspectos polêmicos das sanções de improbidade administrativa*. Tesis nº 4 aprobada en Plenario del 1º Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo, 2010.

SÁNCHEZ, Ricardo Juan. *La responsabilidad civil en el proceso penal: actualizado a la ley de juicios rápidos*. Madrid: LA LEY, 2009.

SERVIGÓN, César Augusto Nakazaki. *Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria, Ius et Praxis*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, nº 33, Universidad de Lima, Fondo de Desarrollo Editorial, Enero-Diciembre, 2002.

SIDOU, J.M. Othon. *Dicionário Jurídico da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004.

SOBRANE, Sérgio Turra. *Improbidade administrativa: aspectos materiais, dimensão difusa, e coisa julgada*. São Paulo: Atlas, 2010.

SOUZA, Márcio Luís Dutra de. *O princípio da boa-fé na administração pública e sua repercussão na invalidação administrativa*. Disponible en http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11785. Consultado en 22/04/2013.

LEITE, Sandro Grangeiro. *Distinções entre fatos notórios, presunções "hominis", indícios e máximas da experiência*. n.2062. Teresina: Jus Navigandi, 2009. Disponible en: <http://jus.com.br/revista/texto/12372>>. Consultado en 28 mar. 2013

STEPHENSON, Kevin M. *et al. Barriers to Asset Recovery*. Banco Mundial y UNODC, 2011.

STESSENS, Guy. *Money Laundering. A new international law enforcement model*. Londres: Cambridge University Press, 2000.

STOCO, Rui. *Tratado de Responsabilidade Civil, Doutrina e Jurisprudência*, 7ª ed. São Paulo: RT, 2007.

SWISSINFO. *Bloqueo de fondos: ¿Suiza, un país modelo?* Disponible en http://www.swissinfo.ch/spa/noticias/politica_suiza/Bloqueo_de_fondos:_Suiza,_un_pais_modelo.html?cid=33556950. Consultado en 07/02/2012.

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. *Money, Politics, Power: Corruption Risks in Europe*. 2012. Disponible en <http://www.transparency.org/enis/report>. Consultado en 02/01/2013.

UNIÓN EUROPEA. Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. *Competencia de los órganos jurisdiccionales - Derecho comunitario*. Disponible en http://ec.europa.eu/civiljustice/jurisdiction_courts/jurisdiction_courts_ec_es.htm. Consultado en 02/01/2013.

UNIÓN EUROPEA. Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. *Glosario*. Disponible en http://ec.europa.eu/civiljustice/glossary/glossary_es.htm. Consultado en 23/01/2013.

UNODC. *Manual on Mutual Legal Assistance and Extradition*. New York: Naciones Unidas, 2012.

_____. *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Segunda edición revisada. Nueva York: Naciones Unidas, 2012.

_____. *Guía Técnica de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*. Nueva York: Naciones Unidas, 2010.

_____. *Manual de cooperación internacional en el decomiso del producto del delito*. New York: Naciones Unidas, 2103

VERVAELE, John A. E. *El principio ne bis in idem en europa: el tribunal de justicia y los derechos fundamentales en el espacio judicial europeo*. Disponible en <http://igitur-archive.library.uu.nl/law/2006-0203-200044/EL%20PRINCIPIO.pdf>. Consultado en 16/12/12.

WEBER, Patrícia Núñez. *A cooperação jurídica internacional em medidas processuais penais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

ZANETI, Paulo Rogério. *Flexibilização das regras sobre o ônus da prova*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.